ICAM

REVISTA JURÍDICA

BOLETÍN

ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACÍA DE MADRID

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

NÚM. 3 4ª ÉPOCA SEPTIEMBRE 2026

Boletín. Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid
4ª época · Núm. 3 · Septiembre 2026
Edita: Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid
Dirección: Ricardo Alonso García
Periodicidad: Trimestral
ISSN: 3127-2983
© ICAM, 2026

ÍNDICE

TIPICIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA, SEGUNDA ÉPOCA: ¿HAY QUE SACAR UN 10 PARA QUE NO TE CONDENEN? 5
SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier

ALGUNAS CUESTIONES ESENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 33
DEL ROSAL BLASCO, Bernardo

¿EXISTE UN GARANTE DEL MODELO PENAL DE LA EMPRESA? LÍMITES EFECTIVOS A LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DEL COMPLIANCE OFFICER 67
ALMODÓVAR, Borja

LAS INVESTIGACIONES INTERNAS TRAS LA LEY 2/2023: GARANTÍAS, INCERTIDUMBRES Y DESAFÍOS PRÁCTICOS 99
REQUEJO NAVEROS, Mayte

LA LLAVE SUSTANTIVA COMO INCENTIVO DE LAS EMPRESAS PARA SU COLABORACIÓN Y REPARACIÓN 131
RODRÍGUEZ-RAMOS, Gabriel

CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES DE LA PERSONA JURÍDICA: ANÁLISIS Y CUESTIONES CONTROVERTIDAS 167
BONILLA ALONSO, Carlos

LA PERSONA JURÍDICA ANTE EL DELITO FISCAL: RESIDENCIA FISCAL, CERTIFICADO EXTRANJERO Y TIPICIDAD FLOTANTE EN EL PROCESO PENAL 213
GONZÁLEZ GUGEL, Jaime

SECRETO PROFESIONAL Y *NEMO TENETUR* FRENTE A LAS POTESTADES DE REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN: HACIA UNA TEORÍA DE LA AUTOINCRIMINACIÓN VICARIA DE LA PERSONA JURÍDICA 257
DE LUIS OTERO, Ignacio

REACCIÓN EMPRESARIAL POSTDELICTIVA Y SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL "CONDICIONADO": DOS VÍAS AÚN POR EXPLORAR EN LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA 307
LIÑÁN LAFUENTE, Alfredo

Boletín del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (4ª Época)

Nº 3 / Septiembre, 2026
pp. 5–33

Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles

Abogado, Catedrático de Derecho Penal
Director de la Cátedra Extraordinaria de la Abogacía ICAM-UCM

TIPICIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA, SEGUNDA ÉPOCA: ¿HAY QUE SACAR UN 10 PARA QUE NO TE CONDENEN?

RESUMEN:

La jurisprudencia analiza de manera cada vez más exhaustiva los distintos elementos de la tipicidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Hace unos años, presentar un programa de cumplimiento en un juzgado, y no digamos si venía avalado por una certificación, sumado a unos cursos de formación, un cargo de oficial de cumplimiento y un canal de denuncias, etc., deslumbraba. Hoy día se exige más.

Estas nuevas exigencias son bienvenidas, pero no conviene llevarlas a un extremo, que parece en la actualidad tendencia, consistente en exigir un cumplimiento tan completo que, dicho en términos académicos, o la compañía saca un diez en cumplimiento, o suspende, es decir, es condenada. Y ello, tanto en el tipo objetivo, como en el tipo subjetivo.

Tener que sacar un diez en *compliance* para no ser condenado, no es correcto. Es más, resulta muy desincentivador animar, por un lado, a las empresas al esfuerzo económico y de recursos humanos que supone el mantenimiento de los programas de prevención de delitos, pero, a la vez, exigir unanimidad cumplidora so pena de la tipicidad penal.

En torno a estas exigencias y sus consecuencias giran las reflexiones de la presente contribución.

Palabras clave:

responsabilidad penal de las personas jurídicas, elementos de la tipicidad, dolo, imprudencia, cumplimiento.

ABSTRACT:

Case law is examining, with increasing thoroughness, the various elements of the offence structure underlying the criminal liability of legal persons. A few years ago, presenting a compliance program before a court—particularly if backed by certification, along with training courses, a compliance officer, a whistleblowing channel, and the like—was dazzling. Today, more is required.

These new demands are welcome, but they should not be taken to an extreme that currently appears to be the prevailing trend: requiring a compliance program so complete that, in academic terms, the company either scores a perfect ten in compliance or fails outright—that is, is convicted. This applies both to the objective elements of the offence and to its subjective elements.

Having to score a perfect ten in compliance in order to avoid conviction is not correct. Moreover, it is highly discouraging to, on the one hand, urge companies toward the financial outlay and human-resource effort involved in maintaining crime-prevention programs while, on the other, demanding unanimous compliance on pain of criminal liability.

The reflections offered in this contribution revolve around these demands and their consequences.

Keywords:

criminal liability of legal persons, elements of the offence, intent (dolo), negligence, compliance.

SUMARIO:

1. LA POSICIÓN. 2. PREVENCIONES PARA EL TIPO OBJETIVO. 3. UN DIEZ EN EL TIPO SUBJETIVO, SO PENA DE CONDENA.

1. LA POSICIÓN

1.1. Desde su instauración en el Código Penal, la responsabilidad penal de la persona jurídica ha tenido una sabia evolución jurisprudencial. El Tribunal Supremo, acompañado por las Audiencias, y también por los órganos de instrucción, ha venido aportando importantes directrices para la interpretación del art. 31 bis del Código Penal y demás preceptos concordantes.

Han sido numerosas las materias que la jurisprudencia ha abordado y para las que se han ofrecido soluciones. Podrá estarse de acuerdo con ellas o en respetuoso desacuerdo, pero seguro ha de reconocerse que han sido fruto de una sólida reflexión y de un esfuerzo clarificador nomofiláctico riguroso. Materias como las garantías procesales, el beneficio como elemento típico, algunas cuestiones de penalidad (cuando existe coincidencia entre las personas físicas y la jurídica), la necesidad de que exista una sociedad como actor corporativo a los efectos de imputabilidad[1], la tentativa, etc., han sido abordadas por la jurisprudencia, mientras algunas otras han sido apuntadas sin que por el momento haya quedado trazada una línea definitiva. El presente Boletín ICAM es buen ejemplo de las numerosas materias que ha suscitado la jurisprudencia: las bases fundamentales del propio sistema, la posición del oficial de cumplimiento —que tanto interés como preocupación ha despertado—, los límites con la parte especial, y todo lo que guarda relación con la reacción posterior: las investigaciones internas, la colaboración y reparación, las circunstancias atenuantes, el deber o no de declarar, etc.

1.2. En esta que podemos llamar primera época —y que estamos abandonando— el análisis jurisprudencial —lógicamente, dado lo incipiente del sistema—, en muchas ocasiones se había limitado a la comprobación del cumplimiento de una serie de requisitos casi formales o a modo de listado, que podríamos considerar de mínimos. La ponderación que la jurisprudencia realizaba era ciertamente sencilla y acorde con la evolución de los supuestos de hecho sometidos a su análisis, pues los casos, por así decir, venían —en muchas ocasiones— *tan obviamente delictivos* para la persona jurídica, que

1 *Vid*. por ejemplo STS de 11 de noviembre de 2022.

poco más habría que comprobar más allá de lo que ya constaba a simple vista y se mostraba sin necesidad de mayor interpretación del art. 31 bis del Código Penal y otros: existieron casos, por ejemplo —en los supuestos más claros—, en los que la persona jurídica directamente carecía de un programa de cumplimiento, y en ellos, obviamente, pocos problemas de prueba o tipicidad pueden resultar. Hubo también varios supuestos sometidos a enjuiciamiento, en los que la persona jurídica había sido creada al propósito delictivo, es decir, directamente para la comisión del hecho, etc.

Sin embargo, esos casos poco a poco han ido (e irán) desapareciendo, porque hasta incluso cuando una persona jurídica tiene por una de sus finalidades dolosas la comisión de un delito, la urdimbre criminal suele procurar encubrirlo, lógicamente, y así, la delincuente persona jurídica buscará proveerse de un programa de cumplimiento, aunque sea de fachada y por si las cosas —policialmente— vienen mal dadas. Esperar que el autor de un delito, en este caso la persona jurídica, haya sido un *chapuzas* y no trate de disimular su actividad criminal o procure su encubrimiento posterior, a veces funciona, pero no es método probatorio fiable o de averiguación de la tipicidad como tal...

1.3. Por ello, la jurisprudencia últimamente se ha visto obligada a un análisis cada vez más pormenorizado de los distintos elementos de la tipicidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los supuestos cada vez son más complejos, y el análisis de los jueces cada día más exhaustivo. Dicho en términos hiperbólicos, pero claros: hace unos años presentar un programa de cumplimiento en un juzgado, y no digamos si venía avalado por una certificación, sumado a unos cursos de formación, un cargo de oficial de cumplimiento y un canal de denuncias, etc., deslumbraba. Hoy día, en cambio, contar con un programa de cumplimiento, haber impartido cursos de formación, informar sobre el organigrama societario con un departamento de compliance y un oficial de cumplimiento (incluso habilitado con alguno de los títulos que vienen siendo expedidos expresamente sobre la materia), o hasta haber logrado alguna de las certificaciones de las instituciones dedicadas a ello, etc., puede ser el inicio de una buena relación con el juzgado y la fiscalía, pero son aspectos que ya nada aseguran sobre si la cosa acabará bien. La actual jurisprudencia pide más. Pide el análisis cada vez más prolijo de que estos y otros aspectos funcionan, de que el programa está activo y activado, no simplemente de que se cuenta con él o de que está. Y, además, lo pide con mucho conocimiento de causa, es decir, con una sólida formación en la materia, de manera que no se deja deslumbrar ya por formalidades.

Y está bien que sea así —vaya por delante— y no debe haber queja alguna en estas exigencias de los diversos requisitos de la tipicidad de la persona jurídica, que hasta ahora apenas afloraban en los casos prácticos y que como mucho aparecían en estudios doctrinales. Dicho en términos académicos, está bien que las personas jurídicas que hayan hecho sus deberes puedan

responder ante un tribunal de justicia y sacar un diez, vale decir, porque ello resulta muy incentivador, tal y como, por cierto, la jurisprudencia ha tratado de resaltar desde sus primeras resoluciones: animar a las empresas al esfuerzo económico y de recursos humanos que suponía el *compliance*. Ahora bien, ¿quién no saque un diez debe suspender? ¿Es un todo o nada? Veremos con las presentes reflexiones a qué nos referimos.

1.4. Las líneas que siguen abordan desde una perspectiva crítica esta evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas de segunda época. Y es que, en concreto, conviene no pasar, en una suerte de ley del péndulo, de un lado a otro, sin tasa, cayendo, quizás exageradamente, en unas exigencias desmesuradas para las personas jurídicas so pena de responsabilidad criminal.

Y así, como a continuación expondremos, conviene recordar que, entre la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, de antaño, previa al 2010, y la responsabilidad penal de las personas jurídicas *con tendencia a generalizarse*, de 15 años después, debe haber puntos intermedios que serán los correctos. En otras palabras, que hasta el más mínimo supuesto incumplimiento de los muchísimos requisitos que se imponen a la persona jurídica, dé lugar a responsabilidad penal, en esa suerte de ley del encaje pendular —ahora en el otro lado—, suele ser sospechoso de no ser lo correcto. Decir a una persona jurídica que o saca un diez en la evaluación o examen de *compliance*, o se le impone una pena, no solo resulta muy desincentivador, sino también contrario al Código Penal.

1.5. Quizás el error sistemático surja de que, en los supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, no hay reproches intermedios, a diferencia de en otros delitos. Nos explicamos: es sabido que hay ilícitos societarios, por ejemplo, que pueden ser delito (de abuso de mayorías, de ausencia de información al socio, de administración desleal), pero también hay otros que son simples ilícitos mercantiles, corregibles en tal ámbito mediante la anulación de acuerdos societarios, responsabilidad patrimonial del administrador, etc. O también: hay ilícitos fiscales, igualmente, que pueden ser delito (fiscal), pero también hay otros que pueden ser ilícitos tributario administrativos, sancionados en tal vía y sometidos a la jurisdicción contencioso administrativa. O un último, tercer, ejemplo: hay engaños que pueden ser estafa, pero también hay otros de dolo civil y nulidad; y así un largo etcétera. Esas zonas intermedias facilitan la aplicación del principio de *ultima ratio* (o, en realidad, son consecuencia de él) y, en todo caso, habilitan que quien, por así decir, en materia fiscal no tenga un diez, sino que solo haya logrado un cinco o un seis, sea corregido no en vía penal, sino en vía administrativa, o que quien incluso haya suspendido porque desplegó un cierto ardid, sea reconvenido civilmente con una nulidad del contrato, pero sin llegar a la imposición de una pena (criminal).

Empero, en el ámbito de la responsabilidad penal no parece haber esas zonas intermedias para los ilícitos de *compliance*: un mal programa de cumplimiento o es delito (si además se produce el hecho de referencia) o no es nada (ni siquiera una tentativa sin hecho de referencia), es decir, no es un ilícito administrativo, ni mercantil, etc. En efecto, las otras dos posibilidades imaginables, no cubren este ámbito. La primera, porque un eventual delito de administración desleal, del que se habló en su día, no ha terminado de cuajar. Para poder deducir responsabilidad penal, al menos contra los administradores por la ausencia dolosa de control —a salvo del delito de administración desleal—, debería haberse instaurado un precepto a semejanza del que en su día se creó en Alemania (parágrafo 130 de la Ley de contravenciones alemana), que preveía estas situaciones; en España tal posibilidad estuvo en un proyecto de reforma, pero no fue aprobado. La segunda, porque es cierto que existen posibles sanciones administrativas a las personas jurídicas por infracciones de competencia, de protección de datos, fiscales, etc., pero tales reacciones no son el correlato del delito corporativo, sino el trasunto de delitos de la parte especial para las personas físicas. El correlato del delito corporativo consistiría en que si existiese un ilícito administrativo para ciertos supuestos de ausencia del programa de cumplimiento —algo menores, debieran ser—, o un ilícito mercantil, por ejemplo, para esos mismos supuestos, etc. No existe.

1.6. Y todo ello, como decíamos, parece estar dando lugar a lo que en términos académicos hemos querido llevar a nuestro título: quizás ahora se esté siendo más papista que el Papa, y se esté exigiendo para que no te condenen, sacar un diez en *compliance*, sin que sea suficiente un seis, o un ocho, acaso ni tan siquiera un nueve. Todo lo demás, no serviría. El lector atento habrá reparado en que hemos dicho "para que no te condenen, un diez" —y no "para que te condenen sacar un cero", que, al fin y al cabo, estamos en penal—.

Ello es muestra de otro de los problemas que está aflorando y que es parte esta misma cuestión: la inversión de la carga de la prueba que alguna jurisprudencia considera que es pertinente.[2] Según esta corriente, es la persona jurídica la que debería dar muestras de su buen hacer, de su cumplimiento; la defensa la que debe probar su programa, no la acusación la que debe probar el incumplimiento. La situación es crítica: no solo no basta cualquier

2 Vid. STS 298/2024, de 8 de abril: *"la carga de la alegación de ese factor excluyente de la responsabilidad recae, en principio, en la defensa"*. O también: *"la abulia indagatoria y probatoria sobre ese elemento negativo, no ha de traducirse necesariamente en una duda sobre su concurrencia. La presunción de inocencia no obliga a presumir que todas las asociaciones y organizaciones o sociedades mercantiles y personas jurídicas en general cuentan con un programa de cumplimiento ajustado a las exigencias del Código Penal"*.

nota, sino un diez, y encima tampoco existe el no presentado para que no corra convocatoria: llegas en estatus de suspenso, y a ver si apruebas, y no basta cualquier nota, como decimos, porque del 1 al 9 es suspenso, solo si sacas un diez te aprueban, es decir, solo si la persona jurídica demuestra que cumplía todos los requisitos que supuestamente la exoneran (precisamente por ser denominados exonerantes, según esta tesis de la inversión de la carga de la prueba, es por lo que la persona jurídica necesitaría cumplir todos esos requisitos). Esta radicalidad punitiva existe tanto en el tipo objetivo, como en el tipo subjetivo, como veremos seguidamente.

La inversión de la carga de la prueba, pues, no es baladí. Para el tipo objetivo, la inversión da lugar a una situación que glosaremos *infra*, pero que, en todo caso, no se oculta: directamente se habla de elementos negativos:[3] si no sacas un diez, si no aciertas todas las preguntas, está claro que no habrás demostrado totalmente que eras inocente, luego seguirás siendo culpable. Lo veremos.

Y en cuanto al tipo subjetivo, otro tanto sucede: de forma casi unánime se está exigiendo en la actualidad un diez en *compliance* en cuanto al dolo: todo perfecto, una matrícula de honor desde el punto de vista de cumplimiento, de tal manera que si por ejemplo hubo una imprudencia —una nota más baja en el deber de cuidado— no se obtiene un aprobado penal aunque fuera con menor nota, o incluso un suspenso penal igualmente derivado de la baja calificación en cumplimiento (y una pena por imprudencia), sino que se impone la misma tipicidad que si se hubiera sacado la pésima nota que corresponde al dolo. Consecuencia de ello es que, incluso para aquellos supuestos para los que el legislador no ha previsto como punible la responsabilidad imprudente, la situación no afloja: haya sido establecido un error en la persona jurídica (imprudencia) o una situación de propósito (dolo) concurrirá la misma tipicidad penal. *Infra* dedicaremos el tercer y último apartado completo a ello.

---

3 *Vid.*, de nuevo, la cit. STS 298/2024, de 8 de abril, enumerando los elementos que fundamentarían la responsabilidad penal de las personas jurídicas: *"La responsabilidad penal de una persona jurídica además de un elemento nuclear positivo (comisión de un delito por quien actúa como directivo o empleado del ente) (i), otro normativo (que se trate de uno de los delitos en que está prevista esa posible responsabilidad (ii) y otro negativo (que no esté implantado un plan de cumplimiento eficaz que haya tenido que ser burlado para la actuación delictiva del agente) (iii) reclama un elemento accesorio que es pieza imprescindible: el delito, objetivamente considerado y con independencia del móvil del agente, ha de redundar en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica (iv)"*. Tras ello, la Alta Sala indica lógicamente (es consecuente) que corresponde a la defensa acreditar la existencia del hecho exonerante o su implementación efectiva, en tanto factor excluyente de la responsabilidad.

1.7. El anterior estado de cosas, sin perjuicio de lo que desarrollaremos a continuación, no convence. En ningún otro delito que no sea el de la persona jurídica, da igual el dolo o la imprudencia —por referirnos a lo último— y en ningún otro delito se exige un diez o te condenan: en los demás delitos, cuando falta algún requisito típico te absuelven, al menos del delito consumado y dependiendo de cuál sea la ausencia (si lo que queda no alcanza a un principio de ejecución) hasta de la tentativa. No hay dieces o nada en la teoría jurídica del delito.

2. PREVENCIONES PARA EL TIPO OBJETIVO

2.1. Conviene comenzar recordando, brevemente, qué contenido deben tener unos hechos probados que pretendan ser sustento de un tipo objetivo para una condena *ex* art. 31 bis CP. Pues, va de suyo, los elementos típicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas deben tener su asiento en los hechos probados, sin que sea atendible algo así como que la supuesta inversión de la carga de la prueba dé lugar exacerbadamente a que en los hechos probados debiera aparecer únicamente el hecho de referencia y, si no consta nada más, es que la persona jurídica no probó su "exoneración" y debe ser condenada. Ello no es nada distinto que para las personas físicas. Ejemplo: no basta con que la fundamentación jurídica de una sentencia afirme que concurre, por ejemplo, una estafa, sino que en el hecho probado habrá de tener asiento un hecho constitutivo de engaño bastante, otro de error, todo ello descrito fácticamente a la perfección, un acto de disposición patrimonial con sus detalles de lugar y tiempo, etc. Y si de un supuesto delito de comisión por omisión se tratase, no basta la descripción del hecho de referencia no impedido, sino que también los hechos probados deben recoger minuciosamente las circunstancias precisas del omitente, el *factum* que da lugar a su posición de garante, su capacidad de revertir el resultado, etc.

Lo dicho podría parecer una obviedad, pero lamentablemente no lo es. Porque la posición que sostiene que es correcto invertir la carga de la prueba en la punibilidad de la persona jurídica puede acabar dando lugar a que se entienda que el tipo objetivo se cumple con tal de que se haya producido el hecho de referencia, y luego a partir de ahí, como veremos seguidamente, se exija un diez, de tal modo que, por sorprendente que pueda parecer, esto que acaba de ser afirmado no sea así, sino al revés*: habría tipicidad a salvo de que la persona jurídica aporte todos y cada uno de los datos de su correcto programa de cumplimiento*, el tan repetido diez en *compliance*.

2.2. Proclamamos aquí lo contrario: así, entre ellos, los hechos probados de una sentencia que pretendiese ser condenatoria, para la subsunción tienen que contener, por ejemplo, que la persona jurídica no contaba con un correcto mapa y evaluación de riesgos penales previo y eficaz; que no habían

elaborado una normativa interna que reflejase con precisión el proceso y órganos encargados de la toma de decisiones y su ejecución; y constar, además, unos hechos probados demostrativos de que no existía una adecuación de las medidas a los riesgos concretos identificados y al tamaño, estructura y actividad de la organización; y un sustrato fáctico que sea revelador de que no existían, en definitiva, las concretas normativas anti corrupción, anti blanqueo de capitales, de protección de datos, de protección del medio ambiente, etc. Y, por supuesto, unos hechos probados que expongan que no existiría, en su caso, una comunicación efectiva de las medidas a todos los niveles de la organización; y un *factum*, igualmente, que expusiese (insistimos: para que pueda derivarse una condena) que no existiría una asignación expresa de responsables para la implementación y supervisión de cada medida, es decir, que no existiría, como impone el Código penal un llamado oficial de cumplimiento para reducir la probabilidad de comisión de delitos (advertencia: reducir, mitigar o dificultar el delito, no necesariamente un "impedir" directamente [como pretenden algunas sentencias, ya lo adelantamos]. De otro modo, la responsabilidad penal de las personas jurídica, en contra de lo que dispone la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, sería automática u objetiva, incorrectamente.

También, los hechos probados tendrán que contener, incluso, un *factum* relativo a que el programa de cumplimiento dejaba de lado, indebidamente, controles sobre terceros (proveedores, agentes, socios) cuando existan riesgos respecto de ellos. En otro orden de cosas, los hechos probados para una condena del art. 31 bis Código penal tendrán que describir que o no existía un canal de denuncias o su funcionamiento no era efectivo, o estaba instaurado, por ejemplo, únicamente, por así decir, *pro forma*, sin accesibilidad y confidencialidad garantizadas. O, al respecto también, que no existía, modernamente, protección real al denunciante frente a represalias. Y, por ir finalizando, también el hecho probado a subsumir deberá contener que las normativas no eran efectivas porque carecían de un adecuado régimen disciplinario. Para terminar, debe contener el hecho probado el *factum* adecuado para que después la fundamentación jurídica pueda subsumir que entre el hecho probado "indebido *compliance*" y el hecho de referencia, había una relación causal.

2.3. Todo lo anterior, no es una *probatio diabolica* o prueba de un hecho negativo, sino la acreditación con normalidad de los elementos de la tipicidad. La cuestión no es baladí porque, como avanzamos *supra*, precisamente de negar esta doctrina es de donde procede la exigencia de un diez.

Sírvanos de ejemplo, en este punto, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, 34/2025, de 19 de diciembre, que ha enjuiciado en la llamada "operación púnica" a una multinacional que contaba con un completo recorrido en *compliance*, es decir, una situación que *supra* caracterizamos

como de la "segunda época", y en la que parece que se consolida la tendencia a exigir un diez, tanto en el tipo objetivo, como, veremos en su momento, en el subjetivo. Adelantemos, en efecto, que la mayoría de los hechos probados de esa sentencia —basta leerlos— dedican sus páginas a la descripción de los hechos de referencia (calificados como cohechos y un tráfico de influencias), y describen solo algunas fallas de *compliance*, pese a lo cual, como a continuación veremos, ha recaído condena.

2.4. Así, por ejemplo, los hechos probados explican que los acusados llegaron a "*sustituir subrepticiamente*" las ofertas que la empresa había presentado y que fueron cambiadas por otras, rehechas, para poder sortear o saltarse así el programa de cumplimiento (lo cual recuerda al *"...eludiendo fraudulentamente..."* del Código penal, pese a lo cual, como decimos, se ha condenado a la persona jurídica). También exponen los hechos que los técnicos del departamento comercial no acusados, pese a estar trabajando con aquellos datos obtenidos subrepticiamente, no conocían las prácticas corruptas (lo cual parece afectar a si las prácticas podían o no ser detectadas).[4]

Del mismo modo, el hecho probado, en otra de sus partes, afirma que los acusados idearon un nuevo ardid para que la sociedad M., a través de sus protocolos ordinarios de compras, pero simuladamente (solo conocido por los miembros de la organización), pudiera atender el pago de las facturas emitidas por las sociedades instrumentales. El hecho probado utiliza expresiones como "*diseñaron*", "*simular*" o "*ardid*", reveladoras de una actuación fraudulenta frente a los mecanismos internos de control. Dicho con toda bre-

4 SAN 19/12/2025: (uno de los acusados) *"en el caso del Ayuntamiento de Moraleja llegó a reformular, a cambiar y a sustituir SUBREPTICIAMENTE las ofertas ya presentadas por la sociedad M. por otras nuevas, rehechas después de conocer las ofertas técnicas y económicas de sus competidores. Todo ello en connivencia con los técnicos y autoridades municipales que de forma ilícita maniobraban (...). La transmisión de información desde los ayuntamientos y en dirección a estos, se realizaba preferentemente por P., que reenviaba luego los archivos y datos a G. con copia a M., SIN QUE CONSTE EL CONOCIMIENTO DEL RESTO DE LOS TÉCNICOS DEL DEPARTAMENTO DE COMERCIAL DE LOS ACUERDOS DE CORRUPCIÓN O DEL ORIGEN DE LAS INFORMACIONES con las que trabajaban o el intercambio de documentación con los ayuntamientos respectivos. La acusada G. dirigía las sesiones de lanzamiento de cada contrato con la presencia de su equipo y de los distintos departamentos implicados, SIN REVELARLES los acuerdos sobre los pagos de comisiones ilegales que SE OCULTABAN tras los importes de las partidas de Success Fee/comisión de éxito o Project Managment/gestión del proyecto"* (pp. 44–45). *"Las facturas de la sociedad CONSTRUCCIONES Y R. servían de COBERTURA O JUSTIFICACIÓN SUBREPTICIA, para detraer fondos de la compañía M. con los que atender los pagos de las dádivas acordadas con alcaldes, ediles y funcionarios"* (p. 47). *No consta fehacientemente que más allá de (...), implicados directamente en los hechos que nos ocupan (...), que EL RESTO DE LOS DIRECTIVOS (...) CONOCIERA LOS PAGOS DE CORRUPCIÓN QUE SE ENMASCARABAN en los conceptos de gastos de partidas como Success Fee, Project Management y Auditorias"* (p. 50).

vedad, parece que tenían que hacerlo así porque el programa de prevención, que existía, les encorsetaba grandemente.[5] En concreto, los hechos probados exponen que existían unos protocolos muy específicos de compras y que los acusados *"burlaron"* dichos controles. Por ejemplo, la sentencia describe la existencia de un protocolo de facturación que exigía, con carácter previo, la emisión de un pedido del servicio u obra a contratar por la sociedad M., así como la solicitud de tres presupuestos de empresas distintas, y que, precisamente por ello, tales controles hubieron de ser sorteados o burlados: para lograrlo, las sociedades instrumentales vinculadas a uno de los acusados aportaban presupuestos simulados —con apariencia de autenticidad—, de modo que la operación pudiera presentarse externamente como regular y no reveladora de que la adjudicación estaba ya predeterminada. No en vano, el relato vuelve a emplear expresiones especialmente significativas, como que determinadas facturas servían de *"cobertura"* o que una de las acusadas *"encubría"* estos pagos frente al resto de empleados, presentándolos como simples compromisos comerciales.[6]

En suma, este *modus operandi* corrobora que los hechos probados no solo se centran en los hechos de referencia, sino que, además, son precisamente la base fáctica para explicar que la persona jurídica fue *"burlada"*, en acertada expresión del hecho probado: los hechos probados describen los esfuer-

---

5 *"Los acusados de la sociedad M., SIGUIENDO LOS PROPIOS PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN COMERCIAL FIJADOS POR LA SOCIEDAD, idearon que el importe de las comisiones o dádivas que les venían solicitadas se recogiese en el Plan de Negocio, Business Plan, como un gasto más del contrato, (...).*
De esta forma, los acusados añadieron al Business Plan los nuevos epígrafes Success Fee, Project Management y Auditorías, que RECOGÍAN DE FORMA ENCUBIERTA LOS GASTOS SOLICITADOS por el conseguidor para ganar la licitación pública (...). Respecto a las partidas de Sucess Fee y Project Management, los acusados (...) DISEÑARON UN NUEVO ARDID para que la sociedad M., a través de sus protocolos de compras, pudiese atender el pago de todas las facturas que a nombre de empresas instrumentales presentarían los colaboradores externos (...)" (pp. 51–52).

6 *"Para poder validar dichas facturas EL PROTOCOLO MARCABA que debía existir previamente un pedido del servicio u obra a contratar por la sociedad M. Dicho pedido lo debía realizar, o el departamento de servicios-mantenimiento o el departamento de instalaciones. Una vez realizado el pedido dichos departamentos tenían que solicitar tres presupuestos a tres empresas distintas, teniendo un mayor peso a la hora de ser seleccionado el menor precio del servicio. PARA BURLAR ESTE PROCEDIMIENTO, los acusados acompañaron el presupuesto presentado por las empresas instrumentales del acusado D. de otros dos presupuestos simulados, bien solicitando un presupuesto de favor a otras mercantiles o confeccionando ellos mismos una factura utilizando su papel con membrete comercial, fingiéndose así una concurrencia, pero al final siempre era la sociedad instrumental del acusado D. (...). En las sesiones de lanzamiento de los contratos la acusada G. encubría frente al resto de empleados los costes de las dádivas, manifestando que eran acuerdos y compromisos comerciales"* (pp. 52–53).

zos delictivos de los acusados para eludir fraudulentamente la prevención de delitos.

Es más, incluso un aspecto que la sentencia luego habrá de mencionar como declarativo de culpabilidad de la persona jurídica, a saber: el número de intervinientes de ella que pertenecían a la empresa (hasta seis y de varios departamentos)[7], puede incluso ser interpretado justamente, al contrario. En efecto, los hechos probados también afirman que varios acusados atrajeron a su plan delictivo a otro de los finalmente acusados, el director de la zona centro, pues hubo de ser incorporado al sistema ya que existían controles que no podían ser superados sin su intervención. Como exponen los hechos probados, la colaboración de este acusado fue obligada porque resultaban necesarios informes y documentos que debía elaborar él.[8] Ello confirma que el programa de cumplimiento dificultaba la comisión del delito, aunque, como ocurre con ciertos mecanismos de control —por ejemplo, la firma mancomunada—, también puede provocar lamentablemente que, si finalmente el delito se ejecuta, sea necesario implicar a más personas para sortearlo. Es la doble cara de la moneda del *compliance*, necesariamente. Sofisticación en el sistema delictivo a través de sociedades pantalla *versus* controles implantados, y necesidad en coautoría de ir adaptando el plan delictivo a la vista de los controles existentes (incluso de tener que incluir a nuevos implicados). En definitiva, una compleja urdimbre criminal elusiva del sistema de cumplimiento, a la que se vieron obligados los acusados para no ser detectados y poder sortear los controles con los que contaba la sociedad enjuiciada por la sentencia de la Audiencia Nacional.

2.5. A pesar de lo dicho, la sentencia también hace referencia, claro está, a carencias en el sistema. El análisis definitivo lo realizará el Tribunal Supremo, puesto que la sentencia no es firme. En todo caso, veremos que la tendencia es exigente. Pese al comportamiento de las personas físicas sorteando con habilidad el sistema, como acabamos de ver, los fallos del sistema que la sentencia cita han conducido a la condena. Una fuerte condena por lo demás: multa de 3 años y 6 meses con cuota diaria de 2.500 euros día por un delito continuado de cohecho y multa de 6 meses con cuota de 2.500 euros día por un delito de tráfico de influencias, es decir, más de tres millones y medio de euros.

---

7 *"Varios departamentos se vieron involucrados en los hechos"* (p. 64).

8 *Para hacer posible lo anterior, [algunos acusados]necesitaban de la colaboración del director de la Zona Centro del Departamento de Service (Mantenimiento de las instalaciones), el acusado A., para que formalizase los contratos de M. En segundo lugar, la colaboración de A. como directivo de la zona centro era importante para que encomendase al acusado J. A. la realización de informes y documentos como si fuera R. E., para pasarlos luego a [otros acusados]".*

Así, bajo el epígrafe "*9. Sobre el debido control ejercido por la persona jurídica*" los hechos probados mencionan las carencias del sistema. Lo glosaremos seguidamente. De forma obligada, solo podrá ser una parte, la que consideramos principal. Para el resto, remitimos encarecidamente a la lectura de la sentencia.

El epígrafe comienza constatando que existía un sistema de *compliance*, recordando que la compañía M. seguía un procedimiento interno bien definido, reconociendo también que existían varios niveles y división en la toma de decisiones, involucrando a diferentes directivos y comités, cada uno con límites específicos de aprobación. El hecho probado, a renglón seguido y sin mayor explicación, indica que se habría dotado al *compliance* de "*escasos recursos*", aunque sin mencionar las supuestas fechas en las que los recursos serían supuestamente escasos y, sobre todo, sin presentar cifra alguna de esa supuesta escasez, para que el analista del hecho probado pueda conocer qué entiende la Sala *a quo* por "*escasos recursos*" (¿50.000 €, 100.000 €, 200.000 €?).[9] La expresión "*escasos recursos*", por tanto, nada dice pues es un concepto totalmente abierto. Máxime cuando en los fundamentos jurídicos de la sentencia no aparece de nuevo esta cuestión de manera que no sabemos la fuente de prueba que habría dado lugar a tal hecho probado. Piénsese que la Legislación no establece *ex ante* y en abstracto (sería imposible) cuántos recursos serían necesarios, pues ello depende de la persona jurídica de que se trate, es decir, lo que puede ser escaso para una compañía de una enorme actividad y gran número de trabajadores, puede en cambio erigirse en unos recursos sobrados para otra compañía de menor tamaño o más eficiente, y viceversa. Habrá que estar caso por caso.

Pero vayamos de forma más concreta *con nuestro diez en cumplimiento*. Y es que, además, la sentencia carece de información de una doble comprobación que a nuestro respetuoso entender debería constar para una correcta subsunción en el art. 31 bis CP: la primera y principal, si tal aserto es relevante, es decir, si la supuesta constatación de "*escasos recursos*" es suficiente

---

9 *"9. Sobre el debido control ejercido por la persona jurídica. M. contaba con varios comités y departamentos relevantes en su organización. Su sistema de autorizaciones aseguraba que todas las decisiones importantes, especialmente las relacionadas con ofertas y gestión de contratos, fueran aprobadas por los órganos competentes. Los protocolos de aprobación y firmas jerarquizaban la toma de decisiones, desarrollándose de forma piramidal desde la Dirección General. La autorización de pagos, gastos y facturas seguía un procedimiento interno bien definido, con varios niveles de autorización según el importe y la naturaleza del gasto, involucrando a diferentes directivos y comités, cada uno con límites específicos de aprobación: (...) Este código ético fue acompañado de escasos recursos, limitados a la creación de una Dirección de Ética y Cumplimiento, con la designación de un responsable de Ética, un etólogo que era a la vez el responsable de la Asesoría Jurídica, así como la creación de un canal de denuncias a disposición de todos los empleados"*(pp. 62–63).

para poder decir que el hecho ya hay que subsumirlo en el art. 31 bis CP; como venimos advirtiendo, sería extraño que cualquier supuesto déficit de un programa de prevención condujera a la tipificación y así, por ejemplo, puede existir el déficit pero no ser causal para el hecho de referencia.[10] La segunda comprobación es coyuntural: qué se entiende por escasos recursos ha ido variando a lo largo de los años, pues piénsese para la sentencia concreta con la que estamos ejemplificando que las fechas a las que se refiere el hecho probado no son las actuales, y que en la época de tales hechos (2012–14) ni siquiera se había producido la reforma de 2015 del art. 31 bis del CP, en el sentido de que el legislador expresase todos los elementos, de manera prolija, que debía contener un programa de *compliance*.

2.6. Otro de los reproches de la sentencia es que el programa de prevención no fue eficaz, como un fundamento más de la condena.

En efecto, el hecho probado destaca una suerte de enmienda a la totalidad al sistema de *compliance*: que *"los protocolos de la actuación ética y de medidas anticorrupción no fueron eficaces"*. En otro lugar, se reitera que *"dichos mecanismos formales se revelaron ineficaces para prevenir y evitar las practicas anticorrupción (*sic*: de corrupción)"*.[11]

Empero, tal factum es irrelevante y su toma en consideración colisionaría con la doctrina del Tribunal Supremo. Como es sabido, lo jurídicamente relevante no es que los protocolos no fueran eficaces en el sentido de no evitar el delito de las personas físicas, pues ello es evidente ya que de otra manera no habría hecho de referencia de las personas físicas y nada habría que discutir, sino si el sistema era suficiente para dificultar los delitos. En ocasiones se habla erróneamente (y la sentencia parece haber caído en esa suerte de trampa dialéctica) de que el sistema de *compliance* debe impedir delitos, y a ello parece que se suma la Sala *a quo* cuando indica que *"las medidas anticorrupción no fueron eficaces"* y que *"dichos mecanismos formales se revela-*

---

10 Tal y como viene reiterando la jurisprudencia del TS, la responsabilidad penal de la persona jurídica no surge de forma automática por la mera comisión de un delito por parte de una persona física, sino que exige la existencia de un verdadero hecho de referencia o de conexión entre dicho ilícito y la entidad, de modo que pueda afirmarse que el delito fue posible o resultó facilitado por un defecto estructural de organización, supervisión o control. Así, desde la pionera STS 221/2016 de 16 de marzo declara que «*el hecho sobre el que ha de hacerse descansar la imputación no podrá prescindir, claro es, del delito de referencia atribuido a la persona física*», añadiendo que la investigación debe centrarse, una vez determinado este hito típico referencial, sobre «*aquellos elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión*».

11 *"En definitiva, las normas éticas de las que se había dotado el grupo no fueron implementadas adecuadamente por M., pues aun cuando documentó unas guías prácticas éticas, creó la función del Etólogo y un canal de denuncias, dichos mecanismos formales se revelaron como ineficaces para prevenir y evitar las prácticas anticorrupción, diseñadas y puestas en práctica desde el núcleo de la compañía"* (pp. 64–65).

ron como ineficaces para prevenir y evitar *las prácticas anticorrupción*". Y no, porque evidentemente si el estándar a valorar fuese si la compañía impidió o no, entonces se caería en responsabilidad objetiva de las personas jurídicas. Y nadie, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia aboga por tal responsabilidad objetiva para el caso de que se haya cometido el hecho de referencia.

Lo relevante jurídicamente, antes bien, es única y exclusivamente si *ex ante* existían medidas de eficacia preventiva, no si se trataba de medidas que han sido eficaces, es decir que han impedido el delito. Por ello, cuando los hechos probados de la sentencia que venimos comentando concluyen también que las normas éticas adoptadas por el grupo no fueron implementadas adecuadamente por la sociedad M. porque no evitaron el delito, ello es una concepción incorrecta, a nuestro respetuoso entender. Hay en ello un sesgo retrospectivo: el hecho probado no describe por qué el modelo sería pretendidamente inadecuado *ex ante*, sino que se limita a aseverar que, al no haber impedido las prácticas corruptas finalmente descubiertas, sus mecanismos se revelaron ineficaces, y ello, a pesar de las páginas y páginas de hechos probados describiendo cómo las personas físicas urdieron un plan para eludir fraudulentamente el sistema de control.

Por tanto, la eficacia del sistema de cumplimiento no puede enjuiciarse *ex post*, atendiendo al resultado finalmente producido, pues ello convertiría la mera comisión del delito antecedente en una prueba automática del defecto organizativo y, en definitiva, instauraría una forma de responsabilidad objetiva expresamente rechazada por el Tribunal Supremo.[12]

2.7. La sentencia con la que venimos ejemplificando también aborda otra cuestión de sumo interés: otro de los hechos probados incriminatorios es

12 En este sentido, la STS 123/2019, de 8 de marzo, desplaza el juicio desde la mera constatación retrospectiva del resultado hacia la valoración de la aptitud preventiva del modelo organizativo. En efecto, cuando el TS exige acreditar que las medidas omitidas *"podrían haber evitado"* la comisión del delito, está imponiendo necesariamente un juicio hipotético de evitabilidad, esto es, un análisis dirigido a determinar si, antes de la comisión del hecho, el sistema de cumplimiento implantado era objetivamente idóneo para prevenir o reducir significativamente el riesgo del concreto delito finalmente cometido.
En la misma línea, la STS 894/2022, de 11 de noviembre, rechaza expresamente cualquier automatismo entre el delito cometido por la persona física y la responsabilidad penal de la persona jurídica, afirmando que la imputación de la persona jurídica descansa en el infinitamente reiterado defecto de organización. Y esta doctrina enlaza directamente con la primigenia STS 221/2016, de 16 de marzo, que advierte que el desafío probatorio no puede quedar simplificado en acreditar el delito cometido por la persona física, sino que habrá de demostrase la causalidad con respecto del defecto estructural que ha permitido su comisión, rechazando expresamente la tesis de que la responsabilidad penal de la persona jurídica actúa automáticamente como resorte toda vez se haya cometido un delito por parte de la persona física en su seno.

un hecho formulado en duda. Sí, en duda: la sala *a quo* dice desconocer el seguimiento de los cursos de *compliance* y de allí deriva un nuevo elemento de la tipicidad. La circunstancia de que se traiga una duda a una sentencia penal, abiertamente, merece detenimiento.

Dice la sentencia que entre los años 2012 a 2014 "solo" constaría que los empleados y asesores externos debían realizar un test inicial sobre ética y prácticas anticorrupción y unas sesiones de formación *online* cuyo seguimiento se desconocería. En efecto, a pesar de que la sentencia reconoce ampliamente la existencia del sistema de normas de *compliance*, los mapas de riesgos, el canal de denuncias, etc., e incluso los cursos de formación, se incide y reprocha en el desconocimiento del seguimiento. Dice la sentencia en primer término: "*3. La defensa de la compañía M. sostiene que dicha compañía había implementado medidas voluntarias de ejercicio del "debido control" con anterioridad a 2010, contando con una Carta Ética desde 2006, un Deontólogo desde 2009, políticas éticas impregnadas de la cultura del cumplimiento, que contenían una prohibición clara de realizar actos corruptos, con identificación de los riesgos, entre ellos, la corrupción, también en relación con la contratación pública, control de la gestión de los recursos financieros. Además, se estableció un canal de denuncias a partir de 2009 en el que los empleados pudieran poner en conocimiento cualquier incumplimiento y un sistema disciplinario. Y se dio formación* online *a los empleados y a los directivos, en concreto, recibieron cuatro cursos de formación* online *el director general, dos directivos de mercado y dos de compras y el director comercial acudió además a un curso presencial en París. No es controvertido que el Grupo al que pertenecía la sociedad M. había desarrollado un modelo de cumplimiento normativo en prevención del delito corporativo que hizo extensivo a sus filiales, cuando en España aún no se había introducido la responsabilidad de la persona jurídica*". Para, sin embargo, añadir también: *"En los años 2012 al 2014, sólo consta que los empleados y asesores externos debían realizar un test inicial sobre ética y prácticas de anticorrupción y unas sesiones de formación* online, cuyo seguimiento se desconoce. *Estas medidas no tienen por sí mismas potencial para fomentar la cultura de integridad y de responsabilidad social*".[13] De este modo, como vemos, la sentencia produce una inversión de la carga de la prueba y, además, exige un diez: la defensa no ha probado el seguimiento, y además se desconocería el potencial de tales cursos para fomentar la cultura de cumplimiento.

Debemos ser críticos. En una primera aproximación, si se desconoce el seguimiento de los cursos, la conclusión (sin inversión de la carga de la prueba) sería que ello introduce una duda probatoria (fruto del desconocimiento) que debería ser interpretada *pro reo*. Es decir, lo único realmente incrimi-

13 SAN citada, pp. 63–64.

nador hubiera sido que el hecho probado hubiera determinado —cosa que no hace— que el seguimiento fue escaso o nulo (no que se desconoce), por ejemplo, porque durante la instrucción de la causa el juzgado hubiera solicitado las hojas de seguimiento, y de estas se dedujese que el curso de dirigió a pocos empleados o que lo siguieron unos pocos. Sin embargo, derivar del aserto "*desconocimiento del seguimiento de los cursos*" la pretendida conclusión "*no seguimiento de los cursos*" o "*nulo seguimiento de los cursos*", es una inferencia contraria al *in dubio pro reo*, o, peor aún, una ilícita inversión de la carga de la prueba. Por lo demás, el párrafo termina indicando que estas medidas no tendrían por sí mismas potencial para fomentar la cultura de integridad y de responsabilidad social, afirmación con la que tampoco se puede estar de acuerdo. En primer lugar, porque se trata de una cuestión jurídica y de valoración que no tendría por qué aparecer en los hechos probados. Y, en segundo término, lo cierto es que para esos años (2012–14) este sistema era un adelantado a su tiempo, además de que no sabemos realmente qué otros sistemas tendría la sentencia como válidos, que no fueran precisamente los cursos de formación, como ha establecido la doctrina y la jurisprudencia de forma constante. La redacción parece que desdeña la formación como método válido, pese a que, tanto en España como en el derecho comparado, es lo que están efectuando absolutamente todas las compañías.

2.8. En suma, sirvan las anteriores páginas como ejemplo de la cuestión que suscitamos *supra*. ¿Cuántas carencias respecto de un diez dan lugar a la tipicidad?

En efecto, en la sentencia que hemos tomado de ejemplo, hemos podido ir viendo dos tipos de hechos probados: en primer término, los numerosísimos de ellos que plasman, repetidamente, que los acusados eludieron fraudulentamente un amplio programa de cumplimiento. Hay decenas de referencias concretas en los hechos probados, algunas de las cuales hemos subrayado, que explicaban que las personas físicas eludieron fraudulentamente los controles. En segundo término, los hechos probados que han mostrado déficits en el programa de cumplimiento: entre ellos, que se habría dotado al programa de "*escasos recursos*", o que de los cursos de formación (en todo casos existentes) se desconocería su seguimiento. También se cita que hasta seis personas estuvieron implicadas y que procedían de diversos departamentos. Finalmente, hay otro "reproche", pero que en realidad no es tal, como vimos, cuando la sentencia señalaba que las medidas no habrían evitado los delitos.

Pues bien, la pregunta es: ¿con cuántos reproches es suficiente? ¿Hay que sacar un diez y cualquier otra nota menor da lugar a tipicidad? Dejamos el debate abierto, tras las dudas mostradas.

Piénsese que la sentencia ha sido tan exigente, que, pese a que concede como acreditado que la compañía, con anterioridad al comienzo de las sesiones de Juicio Oral, tenía un programa de cumplimiento que ha logrado dos prestigiosas acreditaciones, no ha gozado de al menos la atenuante que

para tales supuestos ha previsto el Código penal. Se refiere la sentencia, en efecto, a la evaluación positiva de la Norma UNE 19601 de Sistemas de Gestión de Compliance Penal y a la Norma Internacional ISO 37001 de Sistemas de Gestión Antisoborno.[14]

3. UN DIEZ EN EL TIPO SUBJETIVO, SO PENA DE CONDENA

3.1. También en el tipo subjetivo se obliga a las compañías a sacar un diez. Ni un leve desliz se les permite. En esta ocasión —a diferencia de respecto del tipo objetivo— la exigencia ni se nombra: el tipo subjetivo ni se menciona, de tal manera que, si una persona jurídica tiene, digamos de momento preliminarmente, dolo porque se dedica al delito, o solo imprudencia porque se descuidó, incluso aunque sea leve, ni se tematiza.

Sin embargo, conviene recordar que la tipicidad no solo valora el tipo objetivo, sino el tipo subjetivo, y que ello es trascendental también para la persona jurídica. En unos delitos, la mayoría de los de la persona jurídica, porque el legislador solo ha previsto punibilidad para el dolo, de manera que si se detectase imprudencia (un fallo de cumplimiento) lo lógico sería absolver. Y en otros delitos, que sí tienen punibilidad por imprudencia, porque la pena a imponer parece que siendo consecuente debiera ser menor que en los supuestos de dolo.[15]

En cambio, respecto de la persona jurídica y su responsabilidad, se ha difundido la tesis de que la persona jurídica ha de sacar un diez, en el sentido de que cualquier desliz o fallo, un cinco o un seis, incluso un siete o un nueve en el tipo subjetivo, no sirve. Es una suerte de tesis según la cual las

---

14 *[Conforme a la pericial presentada] "CON POSTERIORIDAD A ESTE PROCEDIMIENTO la sociedad M. CONTINUÓ DESARROLLANDO EL MODELO DE COMPLIANCE AL RITMO DE ACTUACIONES POSTERIORES. En la página 12 hay un cuadro con una línea de tiempo en la que se ven las medidas adoptadas por año y que a partir de 2012 se sigue desarrollando el modelo, lógicamente tras la reforma de 2015 se adecua para el cumplimiento de las condiciones exigidas, en la página 13 se aprecia que sigue un ritmo subsecuente y ya en 2021 se detiene porque es el año del informe. M. tiene implementada la norma ISO 37001 que es un estándar global de estar alineada en la mitigación de prácticas corruptas y la norma española UNE-19601"* (p. 562). Véase también la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado: aunque este tipo de certificaciones «*en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial*» señala que «*las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas, corporaciones o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de su observancia*» (pág. 52).

15 Más en extenso: Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, Capítulo 9 ("*El dolo de la persona jurídica*"), en: La imputación y la defensa de la persona jurídica, Barja de Quiroga, Jacobo (coordinador), Aranzadi 2025, págs. 289 y ss.

personas jurídicas serían punibles por igual tanto si actuaron de propósito (por ejemplo, tenían una caja b para pagos, o peor, no tenían ni programa de cumplimiento), como si *fallan* en la prevención de delitos, de manera que, por culpa de ese *fallo* o *descuido* —por esa *inadvertencia* fatal—, uno o varios de sus directivos o trabajadores pudieron cometer un delito. Tal fallo, tal descuido, semejante tropiezo o error serían delito para la persona jurídica.

Sin embargo, parece un exceso, por no decir un abuso, imputar la comisión de delitos a empresas que, más allá de fallos o errores, sí tengan implantado un programa de prevención de delitos y empleen enormes recursos económicos y humanos, decididamente, dedicados a tal función preventiva. Un abuso, y además una práctica muy desincentivadora: ¿para qué gastar todos esos recursos —se dirán las empresas— si, al final, por cualquier fallo —y, como tal, imprevisible—, te pudieran imputar?

3.2. Y es que, en este debate ha de tenerse en cuenta que el sistema del tipo subjetivo no ha sido modificado en absoluto en las dos grandes ocasiones que el legislador se ha ocupado de las personas jurídicas: ni en 2010, ni en 2015, el legislador ha tocado nada —de nada— en orden al tipo subjetivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ni para expresar que para estas entidades —que ya pueden ser sujetos del Derecho penal igual que las personas físicas— no rijan las disposiciones previstas en la Parte General en cuanto al dolo, ni para expresar que rijan otras distintas, ni para expresar, en fin, que en la responsabilidad penal de las personas jurídicas pretendidamente no haya que atender al tipo subjetivo o que "su" teoría jurídica del delito deba ser una teoría distinta o mutilada respecto de la teoría de las personas físicas, teoría en la que faltaría —o no sería necesario— el tipo subjetivo. Nada de nada, insistimos.

Ante ello, es decir, ante las puertas de una ley que ningún elemento ha querido particularizar al respecto y que, por tanto, mantiene el sistema general *ex* principio de legalidad, debiera concluirse que también para las personas jurídicas debe procederse al análisis de siempre (entre otros, de la mano del art. 14 CP): esto es, si la tipicidad penal de tal o cual delito (para las personas jurídicas) prevé la incriminación imprudente, o si solo lo hace, como suele ser habitual, para el comportamiento doloso. Breve: afirmar que una persona jurídica negligente deba responder, por ejemplo, de un delito de cohecho o de un delito fiscal es un quebranto no solo de la presunción de inocencia, sino incluso del principio de legalidad penal.

No son plausibles, pues, pretendidas posiciones igualitaristas, según las cuales, a la postre, todo sería uniforme, con más impostura que fundamentación: lo mismo daría la compañía que cometiese un cohecho o delito fiscal porque su programa dejó de par en par las puertas abiertas para tal fin (o la compañía que, estando cerrada la puerta, abrió una ventana a tal propósito), que la compañía a la que se le hubiera colado una serie de cohechos por los quicios y bombines de puertas o ventanas, es decir, por algunos de

sus directivos y empleados. En otras palabras, lo mismo daría el dolo que la imprudencia para la persona jurídica, injustamente.

Y, sin embargo, no es lo mismo una sociedad que, sin programa de cumplimiento, decide cohechar; o una sociedad que, con programa de cumplimiento, ningún control estableció anti cohecho, con un propósito de dejar esa ventana entreabierta por si un día venía bien al negocio hacer la vista gorda al cohecho; pues ambos casos son equivalentes al dolo. Y en cambio, son diferentes de una sociedad con programa de cumplimiento, pero unos deficitarios controles anti cohecho; una sociedad con férreos controles anti cohecho que varios de sus empleados o directivos sortearon inteligente y esforzadamente (el delincuente puede ser más hábil que el programa, como lo puede ser frente a la policía, los fiscales y jueces, y, en suma, frente a los códigos penales).

3.3. Por el momento, aunque existe algún pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo respecto de esta cuestión (en contra de lo que acaba de decirse), no hay una línea definida. Y es que, más bien se ha tratado de algún apunte *obiter dictum*, que ha deslizado alguna sentencia.

Nos estamos refiriendo a la sentencia de la Excma. Sala 958/2023, de 21 de diciembre, que resuelve la impugnación contra dos Autos dictados por la Audiencia Provincial de Madrid, decretando el sobreseimiento libre tanto respecto de una persona física como respecto de una persona jurídica. Dice esta Excma. Sala: *"la primera de las resoluciones alude reiterada y machaconamente a la falta de conocimiento por parte de la persona jurídica del dato ocultado y, en consecuencia, la ausencia de dolo. El argumento es asumible, aunque precisa una cierta reconstrucción, implícita en el razonamiento, y luego confirmada con el sobreseimiento decretado frente al administrador. Es obvio que cuando se dice que Patrimonio Farmacéutico S. L. no debía conocer los gravámenes, se habla en un sentido figurado. Una persona jurídica no puede conocer o ignorar o dejar de conocer. Cuando se le atribuyen esas conductas, lo que se está expresando, es que las personas físicas que actuaban en su nombre no conocían. La responsabilidad penal de la persona jurídica surgirá, no porque ella actúe con dolo o con imprudencia, sino porque alguien dependiente de ella y/o actuando en su nombre (un empleado, un directivo: art. 31 bis CP) ha cometido un delito, doloso o imprudente, según los casos"*.

Tal cuestión es reiterada en el voto particular que fórmula el Excmo. Sr. Sánchez Melgar: *"el art. 31 bis CP no exige que la entidad mercantil 'conociera', en el sentido del dolo típico, la existencia de los embargos, sino que el delito se cometa en su nombre, como así ocurrió, y en su beneficio, como así también se supone sucedió, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma, o bien, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas*

en el párrafo anterior (...). A nuestro juicio, la Audiencia Provincial se limita a realizar un juicio de tipicidad impropio de esta fase procesal (calificando los hechos de imprudencia y descartando implícitamente otras opciones como la existencia de un dolo directo o un doble eventual o una situación de ignorancia deliberada) y analiza, sin embargo, un elemento irrelevante en la imputación de la persona jurídica (si Patrimonio Farmacéutico S. L., como persona jurídica, tuvo conocimiento o no de la existencia de los embargos)".

3.4. En general, como las citas que acabamos de efectuar demuestran, se suele decir que el problema sería que no es posible encontrar la distinción entre dolo e imprudencia en las personas jurídicas, más allá de las personas físicas. Sin embargo, al hilo de la sentencia de la Audiencia Nacional que citamos *supra*, queremos poner en duda tal tesis.

En efecto, los hechos probados de la sentencia, incluso aunque se quisiese considerar que reúnen la tipicidad objetiva del delito, indudablemente no describen una connivencia dolosa de la persona jurídica con la trama, sino una supuesta ausencia de impedir. Es decir, no reprochan una suerte de dolo o connivencia de la persona jurídica con la trama corrupta, sino un no impedir.

Así, son muchos los lugares de la sentencia en los que la Sala *a quo* deja claro que no se ha condenado por connivencia o fomento de una trama corrupta, ni por no tener en absoluto un programa de *compliance*, o por tenerlo como una fachada o, por ejemplo, por contar subrepticiamente con una caja B para las dádivas, sino por no haber detectado la traza corrupta de sus directivos y empleados, esto es, por haber "fallado". Refiriéndose por ejemplo al sistema de cumplimiento, la sentencia dice expresamente que no fue implementado adecuadamente. En concreto, que se reveló (es decir, a posteriori, ¿dolo *subsequens*?) como ineficaz: *"dichos mecanismos formales se revelaron ineficaces para prevenir y evitar las practicas anticorrupción (*sic*: de corrupción)"*.[16] Añade asimismo la sentencia que el programa no habría funcionado correctamente, es decir, que habría *fallado,* de manera que la propia terminología emplea la palabra *"fallo"* que evidentemente evoca la imprudencia y no el dolo (*"el modelo de cumplimiento que la compañía tenía escrito y que había divulgado entre sus empleados a través de sus canales internos, no fue eficaz para prevenir las actividades corruptas [...]por haber fallado los controles de supervisión de dicho cumplimiento"*).[17] O, de igual modo, en

16 *"En definitiva, las normas éticas de las que se había dotado el grupo no fueron implementadas adecuadamente por M.*, pues aun cuando documentó unas guías prácticas éticas, creó la función del Etólogo y un canal de denuncias, dichos mecanismos formales *se revelaron como ineficaces para prevenir y evitar las prácticas anticorrupción, diseñadas y puestas en práctica desde el núcleo de la compañía"* (pp. 64–65).

17 *"La cuestión estriba en la implementación realizada por M., a la vista del mayor indicador de riesgo de corrupción que presentaba nuestro país, lo que exigía medidas específicas de prevención y detección de este riesgo. La prueba practicada ha puesto*

el epígrafe citado *"4. Calificación jurídica",* la sentencia resalta y detecta expresamente que de haber sido *más diligente* la persona jurídica, se podrían haber evitado los delitos, es decir, se habrían podido detectar si el programa (que se reconoce como tal) hubiera funcionado correctamente. De nuevo, pues, recuerda esta terminología incluso a, como veremos, el error evitable del propio art. 14.1 CP (imprudencia) (*"hubiera podido evitarse si los mecanismos de los que estaba dotada la empresa para detectar prácticas corruptas hubieran sido eficaces. (...) evitarse si todos los procedimientos de control y gestión internos hubieran funcionado correctamente"*).[18]

O, como también explica el fundamento jurídico 13.º, la Sala *a quo* expresa que tendrían que haber saltado las alarmas y que con una mínima investigación por parte de *compliance* se habrían visto aspectos que no se detectaron:[19] pero ello, esa no detección, es la descripción de una imprudencia, no de un supuesto doloso. O, finalmente, por poner un último ejemplo, parecidos hechos describe la sentencia respecto de la actuación del auditor interno, en donde la resolución también insiste en que fallaron los controles y que hubo una incapacidad de detectar (*"fallaron todos los controles de auditoría interna, (...) fue incapaz de detectar"*).[20]

---

de manifiesto que el modelo de cumplimiento que la compañía tenía escrito y que había divulgado entre sus empleados a través de sus canales internos, no fue eficaz para prevenir las actividades corruptas realizadas por varios directivos bajo el liderazgo del director general y que implicaron a varios departamentos, comercial, de compras y de producción durante tres años, POR HABER FALLADO LOS CONTROLES DE SUPERVISIÓN DE DICHO CUMPLIMIENTO" (p. 567).

18 *"4.1.Conforme a la prueba expuesta, M. ha de ser declarada como responsable penal (...). La prueba practicada ha acreditado que dicha compañía incumplió los deberes de control y vigilancia sobre la actividad de sus directivos y sus empleados, (...), LO QUE HUBIERA PODIDO EVITARSE SI LOS MECANISMOS DE LOS QUE ESTABA DOTADA LA EMPRESA PARA DETECTAR PRÁCTICAS CORRUPTAS HUBIERAN SIDO EFICACES. (...). Respecto a la responsabilidad de M., considera el tribunal que también es imputable a la empresa dicho delito al tratarse de la manifestación de otra práctica corrupta que PUDO EVITARSE SI TODOS LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL Y GESTIÓN INTERNOS HUBIERAN FUNCIONADO CORRECTAMENTE. Una auditoría interna sobre el departamento comercial HUBIERA PERMITIDO DETECTAR que en su seno se elaboraban pliegos de contratación pública que se enviaban en este caso al ayuntamiento de Parla, (...)"* (pp. 572–573).

19 *"Se creó la función del deontólogo, para la que se nombró a (...), la propia designación y contratación por M. de la empresa que iba a auditar su trabajo como adjudicataria, DEBERÍA HABER HECHO SALTAR LAS ALARMAS JURÍDICAS, (...). Aun cuando aparecía como administrador A., ni se contactó con él ni se investigó su capacidad y solvencia, CUANDO UNA MÍNIMA INVESTIGACIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL HUBIERA PERMITIDO COMPROBAR que dicha sociedad pertenecía a D., el asesor comercial que M. tenía contratado para conseguir adjudicaciones, que se había creado dos meses antes con € 3000 de capital y al frente de la misma había una persona con la que ni siquiera se contactó"* (pp. 567–569).

20 *"Por otro lado, en cuanto al posible control del auditor interno (...). Considera el Tri-*

No es necesario continuar: es claro que la sentencia condena no por una connivencia con la trama, dolosa, vale decir, sino por un no detectar que tendría que haberse evitado con un mejor programa de cumplimiento (es decir, un no detectar por error, imprudente), un haber fallado los controles.

Así las cosas, desde luego ya desde este primer punto de vista, desde lo fáctico, se muestra como realmente implausible una pretendida posición igualitarista, según la cual, a la postre, todo sería uniforme: lo mismo daría que cualquier compañía hubiese tenido un sistema para cometer cohechos (por ejemplo con una caja B perfectamente establecida en una contabilidad paralela, o con un simulador y mero programa de fachada que no se aplicara o cuya única finalidad fuera procurar disimular por si surgía un problema), que una compañía como M. respecto de la cual los hechos probados reconocen abiertamente que no le saltaron las alarmas, que no vieron determinadas alertas, etc., es decir, que tendrían que haber tenido un programa mejor para evitar los cohechos (incluso sin hacerse cargo de la temprana fecha en cuanto al *compliance* a la que se está refiriendo, 2012–14); es decir, lo mismo daría el dolo que la imprudencia para la persona jurídica, injustamente.

3.5. Tal concepción, como decíamos, debe ser combatida. Y es que, un moderno entendimiento normativo del tipo subjetivo debe llevar, pues es perfectamente posible, a distinguir las dos formas de tipicidad subjetiva, dolo e imprudencia, pues son absolutamente recognoscibles también en la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En efecto, la forma dolosa o más grave (en la que no hay un error de tipo, del art. 14.1 CP) vendrá constituida, en primer lugar, cuando exista una cultura empresarial criminal, si es que se quiere considerar a tales sociedades mercantiles inmersas en el sistema penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (y no declararlas inimputables y realizar con ellas una suerte de levantamiento del velo). Igualmente, la forma más grave o dolosa (en la que no hay un error de tipo, del art. 14.1 CP) habrá de ser afirmada cuando exista una carencia absoluta de programa de cumplimiento por parte de la mercantil, o, en su caso, el programa de cumplimiento se instauró hace tantos años y no ha sido actualizado en absoluto, que es como si no se tuviese: el grado de información actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por ende, el conocimiento de la necesidad de tener programas de cumplimiento, hace que deban ser excluidos por inverosímiles su-

---

bunal que FALLARON TODOS LOS CONTROLES DE AUDITORÍA INTERNA, (...) FUE INCAPAZ DE DETECTAR que en el procedimiento de compras se estaban realizando presupuestos y comparativos simulados, que terminaban con la designación del mismo proveedor, que presentaba facturas por trabajos o servicios que no describía, que se pagaban por transferencia en algunos casos saltándose el protocolo de pago por confirming a 30, 60 o 90 días de la compañía, en definitiva, se trató de cumplir con un trámite formal que diera garantías de que "todo estaba correcto" (p. 570).

puestos de error al respecto. Por último, en tercer lugar, también habrá que afirmar la forma dolosa (en la que no hay un error de tipo, del art. 14.1 CP) cuando el programa de cumplimiento lo sea tan solo *proforma* que equivalga a una carencia absoluta o a un mero querer aparentar (doloso), por ejemplo, habría una caja b para pagar cohechos, y en ello, obvio es decirlo, no habría ningún error de la persona jurídica que tuviera instaurada tal caja b: aquí, el sortear la norma que se conoce es precisamente lo que permite la atribución y afirmación del dolo.

En cambio, una persona jurídica es claro que sí podrá alegar haber estado inmersa en un error, como ahondaremos a continuación, en los supuestos de defectuosos programas de prevención, porque tales casos sí son verdaderos supuestos de error —se quiere cumplir, pero no se acierta en el cómo—, y por tanto en tales casos es recognoscible la forma de la imprudencia si el error fue evitable. O, por expresarlo de una forma más vívida: si una mercantil por ejemplo se puso en manos de un equipo de elaboración de *compliance* aparentemente solvente desde un punto de vista jurídico-técnico, no solo tendrá un error sobre su programa de prevención de delitos, sino que verdaderamente tal error puede que sea incluso inevitable: *ex* art. 14.1 primera variante, ausencia de responsabilidad penal, en todos los casos.

En efecto, el Código penal no es cierto que contenga una definición de dolo basada en un "*inexcusable substrato psicológico*" —como se ha querido decir— para a renglón seguido añadir que tal substrato psicológico no existiría en las personas jurídicas y que, por ende, en ellas no debería regir el mismo sistema de tipo subjetivo que en las personas físicas. Antes bien, las modernas definiciones del dolo han abandonado un tal "substrato psicológico", para centrar sus esfuerzos en una atribución normativa de imputación de los conocimientos que deben ser asignados al rol en el que se esté interactuando, mecanismo éste de imputación subjetiva que logra que el mismo pueda ser aplicado a la persona jurídica sin estrépito alguno, como acabamos de ver. Breve: no es que haya que adaptar la persona jurídica a una nueva definición de dolo, sino que la definición de dolo que se pretende echar en falta en las personas jurídicas por algunos sectores de la doctrina no es desde luego inexcusable *ex lege*, sino que ha sido superada.

Se trata, en definitiva, de atribución de conocimientos a la persona jurídica, del mismo modo que de atribución de conocimientos a las personas físicas. Regresando a la sentencia de la Audiencia Nacional con la que venimos ejemplificando: no puede ser que rija lo mismo para una sociedad que hubiera estado en connivencia con los directivos y empleados condenados (dolo), que si estos directivos han burlado a la compañía y los sistemas han fallado y no se han evitado los delitos de las personas físicas. La cuestión no es ni mucho menos baladí, como el caso de la sentencia demuestra, puesto que, si distinguimos entre dolo e imprudencia, en tal supuesto de hecho hay que tener en cuenta que la persona jurídica carece precisamente de incrimi-

nación en los casos de imprudencia para ambos delitos por los que habría sido condenada, el cohecho y el tráfico de influencias.

3.6. La dicción del único lugar del Código penal del que extraer una definición legal de dolo —*a sensu contrario*—, cual es la regulación en el art. 14.1 del error de tipo, al señalar que habrá que atender a *"las circunstancias del hecho y las personales del autor"* para decidir sobre la evitabilidad del error, no debe conducir a confusión. La mención al autor no es problemática, pues autora también será la persona jurídica; y en cuanto a las circunstancias *"personales"* es una cuestión de llana y pura interpretación, bien soportada por la letra de la ley: la persona jurídica también puede tener circunstancias personales, *ergo*: relativas a su estructura, organigrama y personalidad jurídica.

El art. 31 bis, por la sola expresión de "debido control" no rompe en absoluto con el completo sistema, entre otros, en el art. 12 del Código penal, según el cual las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley, es decir, la Parte Especial. No es acertado que la expresión de que determinadas personas *"han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control*" conduzca necesariamente a tener que afirmar que la falta del control debido evoca la imprudencia: la ausencia de un control puede ser tanto dolosa como imprudente. Ni el art. 31 bis, ni ningún otro precepto de su entorno autorizan excluir el sistema —también de *numerus clausus*— que el legislador ha establecido para la punibilidad de la imprudencia: si la ausencia del debido control fue imprudente —se creyó tener un sistema de eficaz prevención penal—, ello es constitutivo de un error del art. 14.1 del Código penal, que sólo establece punibilidad "en su caso" para el error evitable, esto es, si el precepto de la Parte Especial por el que venga acusada la persona jurídica tenga tal modalidad prevista como punible.

3.7. Frente a todo lo anterior, la doctrina ha ensayado algún intento argumental para tratar de sostener que el sistema general bifronte "dolo/imprudencia", según hemos expuesto, no regiría, o regiría de distinta manera para las personas jurídicas.

Una primera opción igualitarista, mayoritaria tanto en la doctrina como en la práctica instructora (que la presupone aun sin mayor ni especial debate), consiste en estimar, como ya apuntamos, que en la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es posible (ni necesario) diferenciar entre el dolo y la imprudencia, puesto que se trataría de dos categorías del tipo subjetivo —se dice— elaboradas para las personas físicas y que no admitirían un correlato en las personas jurídicas. En definitiva, se estaría ante una responsabilidad puramente objetiva, en cuanto a la cuestión del dolo o la

imprudencia. Así, voces, bien autorizadas por lo demás,[21] vienen a señalar que las categorías del dolo y la imprudencia habrían sido elaboradas para las personas físicas y que una distinción de tal índole en las personas jurídicas carecería de sentido en la medida en que tomaría como base una distinción psicofísica que únicamente residiría en las personas naturales.

A otra segunda teoría en esta doctrina igualitarista (que consideramos con todo respeto errónea) y que no distinguiría entre dolo e imprudencia en las personas jurídicas podríamos darle por nombre el de "la transferencia":[22] consistiría en el intento argumental, aunque igual de breve y también sin mayor debate, de considerar que lo único relevante a los efectos del tipo subjetivo es la concurrencia del dolo o la imprudencia en sede del hecho de referencia, es decir, en la persona física de las letras a) o b) del art. 31 bis del Código penal, y, a partir de ahí, se operaría una maquinal transferencia hacía la persona jurídica.

Empero, debemos insistir en que no podemos estar de acuerdo con ninguna de estas dos propuestas. Y es que las dos anteriores opciones, que en realidad en su materialidad son casi idénticas, incurren en la arritmia de hacer tabla rasa con el sistema de autorresponsabilidad para las personas jurídicas, que, sin embargo, es el que ineludiblemente ha asumido nuestro Código penal, y, desde luego, el Tribunal Supremo: sea porque se considere, en la primera opción, que ni siquiera es necesario un tipo subjetivo para las personas jurídicas, o sea porque, en la segunda opción, que se introduzca el matiz de que el tipo subjetivo de la persona jurídica es rellenado mediante el tipo subjetivo de la persona física, lo cierto es que se llegaría a la tipicidad y condena de la persona jurídica por delitos que exigen dolo mediante un dolo ajeno transferido: el de la persona física. Para dicha condena bastaría el tipo subjetivo de la persona física, bien directamente afirmando que la responsabilidad penal de la persona jurídica no exige la constatación de tipo subjetivo alguno, o bien indirectamente afirmando que el tipo subjetivo de la persona física es transferido por osmosis a la persona jurídica, sin más: de un modo u otro, no se exige para las personas jurídicas nada más y nada menos que la mitad de la tipicidad conforme a la secular teoría jurídica del delito, lo cual, desde luego, es un rompimiento del sistema en toda regla.

---

21 Gómez Tomillo, Manuel, Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Valladolid 2010, página 154 y s.

22 La regla sería que la persona jurídica responda dolosa o imprudentemente *"según los conocimientos (dolo) o desconocimientos evitables (imprudencia) de quien no debe realizar el hecho de referencia o debe vigilar su no realización por otros"* (Zugaldía Espinar, José Miguel, *Societas delinquere potest* – Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio, en: La Ley Penal — Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario, n.º 76, año VII, noviembre 2010, págs. 5 y ss., pág. 9).

Ex lege, la quiebra es igualmente total. Como ya anticipábamos al comienzo de estas líneas: una responsabilidad penal de las personas jurídicas sin tipo subjetivo choca frontalmente con el principio de legalidad, pues tal intento ningunea como inexistentes aquellos preceptos que establecen que sí es necesario —aunque no suficiente— un tipo subjetivo; como el art. 5 CP, que taxativamente recuerda que "*no hay pena sin dolo o imprudencia*"—es decir: no puede haber pena tampoco para las personas jurídicas que sea indiferente al tipo subjetivo—, o como el art. 10, que dispone igual de taxativo que "*son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*" —no puede haber un delito de la persona jurídica, por acción u omisión, ajena a tal distinción, dolosa o imprudente—. O, por el otro lado, para la opción de la transferencia por osmosis, el rompimiento se produciría porque la persona jurídica no respondería por su propio tipo subjetivo, sino por un tipo subjetivo ajeno pero que le sería transferido, transferencia para la que tampoco encontramos en el Código penal asiento alguno. Hasta el art. 4.1 del Código penal es costura que también se rasgaría desbordando todo: "*Las leyes penales no aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*": ¿y dónde estaría comprendido, en qué ley, que un déficit en un programa de cumplimiento, incluso aunque deba ser calificado como negligente (que falló, que la corporación tenía que haberse dado cuenta, que tendrían que haberle saltado las alarmas, por error, etc.), pueda dar lugar a una condena por un delito doloso (de cohecho, fiscal, etc.), por ejemplo, tan doloso como si en lugar de un déficit negligente se hubiera efectuado por una compañía una planificación de un cohecho o de un delito fiscal de propósito y sin error alguno?

3.8. Afirmar que una persona jurídica negligente deba responder de un delito doloso, por ejemplo, de cohecho o fiscal (que son dolosos o no son), sería un quebranto del principio de legalidad penal. Es más: incluso en los supuestos en los que el *numerus clausus* de posibles delitos para la persona jurídica abarque delitos que tengan tanto la modalidad dolosa como la imprudente (como el blanqueo de capitales, por ejemplo), también la distinción dolo/imprudencia (de la persona jurídica) tendrá todo su sentido y de ella deberán obtenerse también obligadamente rendimientos procesales: porque igual que la penalidad para las personas físicas no es la misma, obviamente, cuando el comportamiento es doloso frente a cuando el actuar u omitir es imprudente, en el mismo sentido, habrá que establecer las pertinentes distinciones para la persona jurídica; dicho de forma gráfica: a ver si ahora va a ser lo mismo (¡a pesar de que el CP distingue entre blanqueo imprudente y doloso!) una persona jurídica que se dedique a delinquir dolosamente, por ejemplo, a blanquear capitales como meta de su acción —por ponerlo claro—, va a ser igual —decimos— que otra para la que el supuesto reproche penal consista simplemente en atribuirle que tenía un programa de cumplimiento penal deficitario —negligente—, que no le saltaron las alarmas, que

los controles fallaron y que, de esta manera, ello dio lugar a un blanqueo de capitales. Ni son lo mismo, ni pueden tener igual tratamiento penal, ni puede haber una equidistancia en el tipo subjetivo de la primera parte de nuestro ejemplo (una sociedad blanqueadora: dolo) y la segunda parte (una sociedad en error, que creía que tenía mejores controles, una sociedad que imprudentemente coadyuvó a un blanqueo).

3.9. La cuestión, como también dijimos, es muy relevante porque únicamente unos pocos de los delitos de la persona jurídica contemplan también su incriminación por imprudencia, como es sabido. En concreto, la insolvencia punible, el banqueo de capitales, alguna modalidad de los delitos contra la salud pública, el delito medioambiental, y el delito de contrabando (art. 2.6 en relación con el art. 2.6, LO 12/1995, de Represión del Contrabando).[23]

Es más, no es solo que el legislador haya decidido incluir en el sistema de *numerus clausus* de la responsabilidad penal de las personas jurídicas muy pocos delitos que tengan prevista la modalidad imprudente como típica, sino que incluso algunos de ellos excluyen expresamente la tipicidad por negligencia para las personas jurídicas: en los delitos contra la salud pública, por ejemplo, está prevista la modalidad imprudente en el art. 367 CP, pero la responsabilidad penal de la persona jurídica que viene establecida a través del art. 366 no se extiende, de propósito (legislativo), a dicha modalidad imprudente; estamos, pues, ante un legislador que ha excluido la imprudencia de manera muy consciente y positivamente.

Ello incluso fue criticado por parte de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado que señaló que, a su criterio, esta exclusión era "*desafortunada, pues imposibilita(ría) la exigencia de responsabilidad a las empresas que hayan incumplido gravemente los deberes mínimos de diligencia en la fabricación o comercialización de productos letales o gravemente dañinos para la salud de los consumidores, actuaciones, no precisamente desconocidas en la jurisprudencia española*", en una referencia sin duda al caso del aceite de colza (STS 23 de abril de 1992) y otros.

La cita es rica. En primer término, porque con tal reflexión la propia fiscalía observa que, en efecto, hay posibilidad cierta de distinguir entre una persona jurídica que "*haya incumplido gravemente los deberes mínimos de diligencia*", es decir, una empresa imprudente, y otras empresas que serían al menos de dos clases diferentes, por contraposición: las que no lo hayan incumplido (comportamientos atípicos), y las que los hayan incumplido pero no solo por imprudencia, sino de propósito: un programa de cumplimiento que situase, por delante de la salud, los beneficios empresariales, por ejemplo, alzaprimando los rendimientos económicos frente a mapas de riegos

23 Quizás también el delito el de vertidos y emisiones de materiales y radiaciones ionizantes, art. 343.3 en relación con el art. 344.

inexistentes para no tener que encorsetarse en ellos, o con ausencia de protocolos de control como fin empresarial de abaratar costes, etc., es decir, una empresa que tuviese —sin error alguno, por sistema— instaurado un sistema de *cumplo-miento* tramposo.

Y también es provechosa la cita porque al hilo de la queja crítica que hemos transcrito *supra*, la Fiscalía General del Estado viene a manifestar que habría delitos respecto de los que sí merecería la pena que el derecho penal interviniese, frente a las personas jurídicas incluso en supuestos de negligencias graves, mientras que en otros debe seguirse el mismo sistema que para las personas físicas: incriminación únicamente en supuestos de dolo. *De facto*, pues, y ello no debe pasar desapercibido, la citada circular de la fiscalía está distinguiendo entre dolo e imprudencia también para las personas jurídicas (de ahí su crítica: es desafortunado que no esté prevista la imprudencia en el caso al que se está refiriendo). Sin embargo, de esta acertada aproximación teórica por parte de la fiscalía finalmente no se han extraído consecuencias, a nuestro modo de ver, incorrectamente.

3.10. En suma, tampoco para el tipo subjetivo es cierto que haya que sacar un diez para que no te condenen por delitos dolosos. La imprudencia debe ser admisible. Hemos visto en las páginas precedentes las numerosas arritmias que produce una ausencia de distinción entre ambas formas dolo/imprudencia.

Boletín del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (4ª Época)

Nº 3 / Septiembre, 2026
pp. 35–67

Bernardo del Rosal Blasco
Catedrático de Derecho Penal y abogado

ALGUNAS CUESTIONES ESENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

RESUMEN:

Este artículo examina los aspectos esenciales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia del TS español tras las reformas del CP de 2010 y 2015. El autor analiza la evolución doctrinal y judicial sobre el fundamento de esta responsabilidad, contrastando el modelo de autorresponsabilidad por hecho propio fundado en el «delito corporativo» y la omisión grave de deberes de supervisión o la ausencia de una cultura de cumplimiento (SSTS 154/2016 y 221/2016), frente a las tesis de la heterorresponsabilidad o culpa en la vigilancia. Asimismo, enfatiza que corresponde a la acusación probar el defecto estructural de control para respetar la presunción de inocencia. En segundo lugar, el trabajo aborda la delimitación del concepto formal de persona jurídica y la exclusión de entes como las sociedades pantalla o instrumentales —consideradas inimputables por falta de complejidad organizativa— y las empresas unipersonales, cuya sanción acumulada con la persona física vulneraría el principio *non bis in idem*. Por último, analiza la transferencia de responsabilidad penal y civil *ex delicto* en supuestos de sucesión empresarial (transformación, fusión, absorción y escisión) regulados en el artículo 130, núm. 2, del CP. El autor defiende que esta norma debe interpretarse con carácter antifraude y no como una responsabilidad objetiva automática, exigiendo la acreditación de elementos subjetivos o fines elusivos para trasladar la sanción a la entidad sucesora.

Palabras clave:

Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Tribunal Supremo, delito corporativo, modelos de prevención (compliance), autorresponsabilidad, presunción de inocencia, sociedades pantalla, personas jurídicas unipersonales, non bis in idem, sucesión de empresas.

ABSTRACT:

This article examines key aspects of corporate criminal liability in the case law of the Spanish Supreme Court following the 2010 and 2015 Penal Code reforms. The author analyzes judicial development regarding the basis of corporate liability, contrasting the self-responsibility model based on 'corporate crime' and the grave breach of supervision duties or lack of a compliance culture (SSTS 154/2016 and 221/2016), with heterolliability theories. It highlights that the prosecution bears the burden of proving structural control defects to uphold the presumption of innocence. Furthermore, the study addresses the formal concept of legal entities and the exclusion of shell or instrumental companies—deemed non-imputable due to a lack of organizational complexity—and single-member companies, where dual punishment would violate the *non bis in idem* principle. Finally, it examines the transfer of criminal and civil liability *ex delicto* in business succession

scenarios (transformation, merger, acquisition, and demerger) under Article 130.2 of the PC. The author argues that this provision must be interpreted as anti-fraud regulation rather than strict liability, requiring proof of subjective elements or evasive intent to transfer penalties to successor entities.

Keywords:

Corporate criminal liability, Supreme Court, corporate crime, compliance programs, self-responsibility, presumption of innocence, shell companies, single-member companies, non bis in idem, business succession.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. FUNDAMENTO Y ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. 3. EL CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA Y LA EXCLUSIÓN DE DETERMINADAS PERSONAS JURÍDICAS (INIMPUTABLES Y UNIPERSONALES). 4. LA TRANSFERENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL (Y CIVIL, DERIVADA DE DELITO) EN LOS SUPUESTOS DE SUCESIÓN DE EMPRESA.

Abreviaturas utilizadas

AN:	Audiencia Nacional.
art. / arts.:	Artículo / Artículos.
CC:	Código Civil.
CCo:	Código de Comercio.
CP:	Código Penal.
FGE:	Fiscalía General del Estado.
FJ:	Fundamento Jurídico.
LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LECrim:	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LGSS:	Ley General de la Seguridad Social
LGT:	Ley General Tributaria.
LO:	Ley Orgánica.
LSC:	Ley de Sociedades de Capital.
núm.:	Número.
RD:	Real Decreto.
RD Ley:	Real Decreto-Ley.
STC/SSTC:	Sentencia / Sentencias del Tribunal Constitucional.
STS / SSTS:	Sentencia / Sentencias del Tribunal Supremo.
TS:	Tribunal Supremo.
UTE:	Unión Temporal de Empresas.

1. INTRODUCCIÓN

En varias ocasiones anteriores he señalado cómo la novedad más relevante que introdujo, en nuestro CP, la LO 5/2010, de 22 de junio, fue la

regulación de un sistema de atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Probablemente, desde la época de la Codificación penal a comienzos del siglo XIX, esa ha sido la reforma más importante que ha sufrido nuestra legislación penal, por su trascendencia y consecuencias. Curiosamente, sin embargo, durante casi cinco años, esa reforma fue ignorada por jueces y tribunales, ya que tuvo una prácticamente nula implementación judicial[1].

Hubo que esperar a la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, para que se diera el *pistoletazo de salida* a la aplicación judicial de la original LO 5/2010, que la reforma de 2015 complet*ó* regulando el régimen de exención de responsabilidad penal de la persona jurídica (*eximente completa*) y estableciendo la posibilidad de que si no se llegan a acreditar, completamente, las circunstancias de exención, ello se pueda valorar a los efectos de atenuación de la pena (*eximente incompleta*) (art. 31 bis, núm. 2, último párrafo, CP). Aparte de ello, la LO 1/2015 mantuvo el sistema de doble sistema de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica (*delitos de directivos* y *delitos de empleados*), aunque modificando la definición de los sujetos activos en el primero de los llamados *hechos de conexión* y modificando, igualmente, algunos elementos de las conductas.

A partir de esa reforma de 2015, y hasta el momento presente, el TS (y otros órganos judiciales) han ido produciendo resoluciones, a través de las cuales se han tratado de establecer criterios de interpretación del texto legal, en aspectos, sin duda, sustanciales y esenciales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque todavía hay otros que esperan atención.

En este trabajo, vamos a intentar sistematizar algunos de los aspectos sustanciales del texto de la ley que han sido objeto de interpretación por parte del TS (y, ocasionalmente, de algunos otros órganos judiciales e, incluso, de circulares de la FGE), intentando llamar también la atención sobre aquellos otros que necesitarían aún una orientación hermenéutica.

---

1 Prácticamente, solo hay constancia de dos sentencias que condenan por delito a personas jurídicas: la primera, de 19 de febrero de 2014, de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona, que condena a la persona jurídica a una pena de multa de dos años con cuota de seis euros diarios, por un delito contra el medio ambiente de los arts. 325.1, in fine, y 326, b) y d), del CP, en un supuesto de ruidos de un bar; la segunda, la núm. 51/2014, de 17 de noviembre, de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la AN, que condena, de una forma un poco confusa, a tres personas jurídicas por delitos contra la salud pública, aplicando el art. 369 bis del CP, en relación con los arts. 368 y 369.5.º y 370, según los casos, a disolución, multa y prohibición de realizar actividades comerciales en España por tiempo máximo de hasta cinco años.

2. FUNDAMENTO Y ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La primera de las sentencias que se refiere, extensamente, al fundamento y a los elementos esenciales o estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es la STS 154/2016, de 29 de febrero, ampliamente conocida como *la bisiesta*, por la fecha del mes y año que la encabeza[2].

La STS 154/2016 entra a analizar, a la luz de los fundamentos de la responsabilidad penal de las empresas, cuáles han de ser los requisitos típicos exigibles para que nazca dicha clase de responsabilidad. Así, según se recoge en el FJ 8, no puede haber ninguna duda, a la vista de lo establecido en el art. 31 bis CP, tras la reforma de la LO 1/2015, "*que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización*". Por tanto, la responsabilidad penal de la persona jurídica exige no sólo la constatación de la comisión de un delito por parte del administrador, representante, directivo [art. 31 bis, núm. 1, apartado a)] trabajador o dependiente [art. 31 bis, núm. 1, apartado b)], sino, igualmente, la constancia de la inexistencia de esas medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de las infracciones delictivas en las que puedan incurrir los que integran la organización, de modo que se pueda decir que "*el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos*".

La consecuencia práctica trascendental de esta interpretación es que "*la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afir-*

---

2 Hay una resolución anterior, la STS 514/2015, de 2 de septiembre, que trató el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero de forma muy tangencial, limitándose, entonces la Sala de lo Penal a señalar que si bien "*esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del CP*", se ha de poner de manifiesto que "*ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal*".

mar la inexistencia de tales controles", pues, "*no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión*", y ello por más que, "*en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida* 'cultura de cumplimiento' *que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una heteroresponsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere el mismo Legislador, en el Preámbulo de la Ley 1/2015 para rechazarlos, fijando como uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo*".

La Sentencia entiende que todas estas conclusiones se pueden deducir de un texto legal que, como el de nuestro CP, tiene "*una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio, en los que puede declararse su responsabilidad con independencia de que* '... la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra *ella' (art. 31 ter 1 CP) y, por supuesto, considerando semejante responsabilidad con absoluta incomunicación respecto de la existencia de circunstancias que afecten a la culpabilidad o agraven la responsabilidad de la persona física, que no excluirán ni modificarán en ningún caso la responsabilidad penal de la organización (art. 31 ter 2 CP)*".

Esta interpretación, que avalan la mayoría de los magistrados del Pleno de la Sala de lo Penal, se basa en la convicción de que la responsabilidad penal de la persona jurídica se articula sobre el llamado *modelo de la responsabilidad por hecho propio*, que no exige la transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad de las personas naturales que se integran en su estructura organizativa, sino que es una responsabilidad de estructura "anónima" en cuanto a la intervención individual, aunque, de todos modos, resulte compatible con la atribución de responsabilidad individual a la persona o personas físicas que realizaren directamente la actuación delictiva[3]. El modelo, frente al nominalismo de la teoría de la identificación, trata de ser un modelo *realista* de definición de la responsabilidad penal de las empresas, e intenta reflejar, adoptado los paradigmas de la sociología de las organizaciones, que las corporaciones constituyen una realidad en sí diversa de la de los individuos, con sus propios y distintivos objetivos, su propia y

3 Silva Sánchez, J. M.: "La evolución ideológica de la discusión sobre la 'responsabilidad penal' de las personas jurídicas", en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, núm. 86–87, 2008, pág. 133.

distintiva cultura y su propia y distintiva personalidad, cultura y personalidad que son únicas y nacen de un número identificable de características (la estructura de la organización, los objetivos corporativos, la formación de los empleados, incentivos e indemnizaciones, etc.)[4].

Además, la Sentencia acoge el criterio de que el injusto típico, en el caso de los delitos cometidos por las personas jurídicas, radica en un defecto organizativo de éstas, en los términos expuestos, en la doctrina española, por Gómez-Jara Díez[5]. Así, los comportamientos de las personas físicas contenidos en el art. 31 bis, núm. 1, sólo pueden considerarse como presupuestos de la responsabilidad de las personas jurídicas, pero no como su fundamento, pues, de otra forma, se estaría incurriendo en responsabilidad por hecho ajeno. Por tanto, si se exige un hecho propio para generar la responsabilidad penal para las personas físicas, también se ha de hacer lo propio para las personas jurídicas, de modo que el injusto empresarial estaría vinculado con una configuración organizativa defectuosa, inexistente o inadecuada, mientras que la culpabilidad empresarial estaría vinculada con una determinada cultura corporativa, de no cumplimiento con o de infidelidad al Derecho[6].

En contra del sentir mayoritario, los magistrados firmantes del voto particular concurrente, sin cuestionarse *"que el fundamento* último *de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentre en la ausencia de medidas eficaces de prevención y control de su funcionamiento interno, como el fundamento* último *de la sanción penal del homicidio se encuentra en el respeto a la vida"*, disienten de que *"esta ausencia se pueda calificar, en la específica regulación vigente, como 'el núcleo de la tipicidad' o como un elemento autónomo del tipo objetivo definido en el art 31 bis 1.º CP 2015, según se considera en la sentencia mayoritaria al analizar la naturaleza de la eximente prevenida en el párrafo segundo del citado precepto"*. Porque, en su opinión, *"los presupuestos específicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o elementos del tipo objetivo a que se refiere la sentencia mayoritaria, vienen expresamente definidos por el Legislador en los párrafos a) y b) del párrafo 1.º del art 31 bis CP, y estos son los que deben ser probados por la acusación, y*

---

4 Clough, J.: "Bridging the Theoretical Gap: The Search for a Realist Model of Corporate Criminal Liability, en *Criminal Law Forum*, vol. 18, 2008, pág. 275; antes, en Gobert, J. y Punch, M.: *Rethinking Corporate Crime*, Bath, 2003, págs.44 y 81.

5 Gómez-Jara Díez, C.: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", en *Diario La Ley*, núm. 7.534, Año XXXI, 23 de diciembre de 2010, pág. 9, siguiendo el modelo de Lampe, E. J.: *Strafphilosophie: Studien Zur Strafrechtigkeit*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999, pág. 48; véase, también, Pérez Manzano, M.: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Actualidad Penal*, 2, 1995, págs. 21 y ss.

6 Gómez-Jara Díez, C.: "El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial", en Gómez-Jara Díez, C. (ed.): *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Cizur Menor, 2006, pág. 139.

expresamente reflejados en el relato fáctico de la sentencia, para permitir la subsunción jurídica adecuada". Y no se trata de que la responsabilidad de las personas jurídicas tenga una naturaleza objetiva, es que "*la persona jurídica es responsable penalmente de los delitos cometidos por sus representantes o dependientes en el contexto empresarial, societario o asociativo (art 31 bis 1.º CP), porque es culpable (en la escasa medida en que este concepto puede ser aplicado a una persona jurídica, que no deja de constituir una ficción). Pero esta culpabilidad la infiere el Legislador, en el apartado a) del art 31 bis CP que es el aquí aplicado, del hecho de permitir que sus representantes cometan un acto delictivo, en nombre y por cuenta de la sociedad y en su beneficio. Y se fundamenta en los principios generales de la* 'culpa in eligendo' *y la* 'culpa in vigilando'*, o incluso, si se quiere profundizar más, de la culpa* 'in constituendo' *y la culpa* 'in instruendo'".

Según los discrepantes, la consecuencia inmediata de esta forma de entender las normas que disciplinan la responsabilidad penal de las personas jurídicas es que a la acusación sólo le corresponde probar la concurrencia de los elementos típicos recogidos en los apartados a) y b) del art. 31 bis, núm. 1, pero no le corresponde probar "*en cada supuesto enjuiciado un presupuesto de tipicidad tan evanescente y negativo como es demostrar que el delito ha sido facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho en el seno de la persona jurídica afectada*".

La exención de la responsabilidad criminal de la persona jurídica, establecida en el art. 31 bis, núms. 2 a 5, del CP, y consistente en haber implementado con eficacia un modelo de organización y gestión que incluya medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos, son exenciones de la responsabilidad "*coherentes con el fundamento* último *de la responsabilidad penal de las personas jurídicas... excluyendo su culpabilidad, en el sentido 'figurado' al que... hemos hecho referencia. Si la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por los delitos cometidos por sus representantes, o dependientes, con determinados presupuestos, se fundamenta en el plano culpabilístico en permitir o favorecer su comisión al haber eludido la adopción de las medidas de prevención adecuadas, la acreditación de la adopción de estas medidas debe producir como consecuencia la exclusión de su responsabilidad penal. Lo cierto es que el Legislador establece expresamente esta exención, y la configura en unos términos muy específicos, cuya concurrencia deberá comprobarse en cada caso*". No hay por ello razón "*que justifique alterar las reglas probatorias aplicables con carácter general para la estimación de circunstancias eximentes, imponiendo que en todo caso corresponda a la acusación la acreditación del hecho negativo de su no concurrencia. No se exige en un homicidio que el Ministerio Fiscal acredite sucesivamente que no concurre legítima defensa, ni estado de necesidad, ni miedo insuperable, salvo que alguna de estas circunstancias se haya alegado expresamente y conste una base razonable para su apreciación*". Porque "*constituye una regla general probatoria, conso-*

lidada en nuestra doctrina jurisprudencial, que las circunstancias eximentes, y concretamente aquellas que excluyen la culpabilidad, han de estar tan acreditadas como el hecho delictivo. En cuanto pretensiones obstativas de la responsabilidad, y una vez acreditada la concurrencia de los elementos integradores del tipo delictivo objeto de acusación, corresponde a quien las alega aportar una base racional suficiente para su apreciación, y en el caso de que no se constate su concurrencia, la consecuencia no es la exención de responsabilidad penal sino la plena asunción de la misma (STS 1068/2012, de 13 de noviembre, entre otras muchas)".

Por tanto, corresponde a la empresa probar que la concurrencia de los instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, aportando una base racional para que pueda ser constatada la disposición de estos instrumentos.

Esta conclusión, en opinión de los firmantes del voto particular, la avala el hecho de que "*el propio Legislador sigue este criterio probatorio de carácter general es que en el párrafo segundo del número 2.º del art 31 bis se establece expresamente que cuando las circunstancias que dan lugar a la exención* 'solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena'" y, por eso, a estos magistrados les "*causa preocupación, en la medida en que puede determinar un vaciamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, e incluso su impunidad, la propuesta de inversión del sistema ordinario de prueba en esta materia*".

La posición de los magistrados discrepantes se aproxima más a la posición tradicional de Tiedemann[7], para quien, respecto de las personas jurídicas, se ha de mantener la exigencia de culpabilidad y ésta ha de construirse por referencia al defecto de organización. Así, la idea de *culpabilidad por defecto de organización* establece la responsabilidad penal de la corporación cuando se pueda determinar que, producido un daño o perjuicio, ésta ha organizado su negocio de forma que las personas y las propiedades están expuestas a una victimización criminal o a un riesgo de daño no racional, o cuando la empresa ha fallado a la hora de establecer sistemas y mecanismos de evitación de riegos criminales, o cuando la supervisión y vigilancia de aquellos a los que ha puesto en situación de cometer un delito o de causar daño es inadecuada, o cuando el *ethos* de la corporación o su cultura tolera o incentiva la causación de delitos.

Como ya hemos señalado en otra ocasión[8], la indefinición del concepto de "cultura de cumplimiento" le impide cumplir una función sustancial en

---

7 Tiedemann, K.: "Die 'Bebüssung' von Unternehmen nach dem 2 Gesezt zür Bekampfung der Wirtschaftskriminalität", en *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 41, 1988, pág. 1.172.

8 "La cultura de cumplimiento. Un concepto vacío", en *Cinco Días*, 8 de abril de 2019.

el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, porque, más allá de referirlo a una voluntad colectiva de cumplir con la Ley, no se sabría cómo definir qué significa el que una empresa cuente con una cultura de cumplimiento normativo. Incluso, aunque se acierte en definir el concepto, es más que dudoso que puedan existir *voluntades colectivas* y que señale que eso, en todo caso, no debiera de importarle mucho al Derecho Penal. Porque a éste le es irrelevante que el cumplimiento de la Ley se lleve a cabo por convicción o por coerción, por más que al sujeto cumplidor le sea más fácil cumplir cuando es por el primer motivo que cuando es por el segundo.

Y lo que es más importante, cuando uno mira el CP, esa referencia no existe por ninguna parte. Parece que se olvida que, en materia penal, rige el principio de legalidad; y el principio de legalidad tiene un *tenor literal*, que obligaría a incluir esa referencia en el texto de la Ley, para luego, en todo caso, interpretar su significado y función, y un *significado esencial*, que obligaría a reflexionar, una vez incluida la referencia en la Ley, acerca de si es una referencia abierta, casi imposible de definir en términos precisos, o no lo es. Y si es imposible de definir, al incluirla en el CP, el legislador estaría vulnerando el principio de legalidad.

Probablemente consciente de la necesidad de concretar ese concepto, y con una clara voluntad de reconducirlo a la idea de inexistencia de *modelos de gestión, vigilancia y supervisión*, la STS 221/2016, de 16 de marzo, trata de distanciarse un poco de su precedente, la STS 154/2016, aunque utilizando una argumentación bastante similar, en la práctica[9]. Esta nueva resolución, no obstante, trata de dejar claro que no pretende sustentar su fallo en criterios sustantivos que tienen que ver con el fundamento material de la responsabilidad penal de la persona jurídica, sino en un argumento *procesal*

9 En un trabajo reciente, Ortiz de Urbina Gimeno ("De la autopoiesis al pragmatismo: el silencioso periplo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *La Ley Compliance Penal*, núm. 25, 2026), ha sustentado la tesis de que, con ambas sentencias (y con la jurisprudencia posterior, que ha consolidado los criterios de la STS 221/2016), el Tribunal Supremo ha transitado silenciosamente desde un "lujo teórico" grandilocuente e innecesario hacia un pragmatismo guiado por el Derecho positivo. Personalmente, puedo estar de acuerdo con señalar los excesos retóricos de la primera sentencia y su innecesaria supeditación a postulados dogmáticos en exceso rígidos, pero, en el fondo, la segunda sentencia no hace sino reconducir y concretar los postulados a la primera, porque estoy convencido que, en el fondo, los firmantes de la primera sentencia estaban pensando que la existencia de esa cultura de cumplimiento no era otra cosa que la existencia del modelo de gestión, vigilancia y supervisión. De hecho, así lo evidencia la STS 836/2024, de 14 de octubre (FJ 2) cuando señala: "*Esta Sala en su jurisprudencia ha ido perfilando la naturaleza y fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Desde la Sentencia de Pleno 154/2016, de 29 de febrero, que diseñó el modelo, al tiempo que expresaba la necesidad de instaurar una 'cultura de respeto al derecho', posteriormente entendido como 'delito corporativo', (STS 221/2016, de 16 de marzo)*".

que tiene más que ver con la proclamación de la vigencia, también para la persona jurídica, de los derechos constitucionales del justiciable.

Así las cosas, para la Sala *"el conjunto de derechos invocables por la persona jurídica, derivado de su estatuto procesal de parte pasiva, eso sí, con las obligadas modulaciones, no puede ser distinto del que ostenta la persona física a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo"*, de modo que *"la posición de los entes colectivos en el proceso..., no debería hacerse depender del previo planteamiento dogmático que el intérprete suscriba acerca del fundamento de esa responsabilidad"*. Es, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia desde el que *"el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí"*, porque *"lo impide nuestro sistema constitucional"*. De esta forma, el Fiscal *"habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015"*.

La Sala no puede identificarse —sigue diciendo la Sentencia— *"con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción* iuris tantum *de que ha existido un defecto organizativo"*, y no es necesario, para llegar a dicha conclusión, *"abrazar el criterio de que el fundamento de la responsabilidad corporativa no puede explicarse desde la acción individual de* otro", porque eso sería tanto como exigir, en el proceso penal, *"la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación"*, *"una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el* ius puniendi *del Estado"*.

Por tanto, independientemente del *"criterio que se suscriba respecto de la naturaleza de su responsabilidad penal o, incluso, en relación con las causas que harían excluir esa responsabilidad y a las que se refieren los apartados 2 y 3 del art. 31 bis"*, *"ya se califiquen esas causas obstativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como* subsistema de circunstancias eximentes*, ya se predique de ellas la condición de* excusas absolutorias*, de* causas de exclusión de la culpabilidad *o, como ha llegado a sostenerse,* elementos negativos del tipo*, la controversia sobre la etiqueta dogmática no puede condicionar el estatuto procesal de las personas colectivas como sujeto singular y diferenciado de la imputación penal"*, porque *"de hacerlo así se estaría olvidando que, sea cual fuere el criterio doctrinal mediante el que pretenda explicarse la responsabilidad de los entes colectivos,* ésta *no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física"*. La

persona jurídica sólo responde de todos y cada uno de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto, por las personas físicas a que se refiere el art. 31 bis, núm. 1, apartado b) del CP, cuando se hayan "*...incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso*". Por tanto, "¿puede *sostenerse que el desafío probatorio que asume el Fiscal no incluye la acreditación de que ese incumplimiento de los deberes de supervisión es grave?*".

En resumen —concluye la Sentencia—, "*en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión*", y ello "*sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos —pericial, documental, testifical— para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad*".

Por tanto, a partir de esta STS 221/2016 (y con alguna excepción casi anecdótica), el TS introduce el concepto de *delito corporativo*, para desligar la punición de la empresa del mero trasvase automático de la responsabilidad del administrador, porque para condenar a la entidad, la acusación debe probar la concurrencia autónoma de un "delito corporativo", fundamentado en un defecto estructural en los mecanismos de prevención, vigilancia y control exigibles al ente colectivo[10]. Es decir, mientras que la STS 154/2016 pretende articular la responsabilidad penal de las personas jurídicas alrededor de la noción abstracta de la *ausencia de una cultura de respeto al Derecho*, la STS 221/2016 pacifica las discrepancias internas entre los magistrados formantes de la Sala al asumir que la *cultura de respeto al Derecho* debe entenderse operativamente como delito corporativo, identificando su núcleo común en la omisión o falta de eficacia de las medidas de prevención y control de su funcionamiento interno. Este ha sido el criterio que se ha consolidado en la jurisprudencia posterior del TS; así en las SSTS 668/2017, 883/2021, 747/2022, 894/2022, 89/2023, 298/2024, 1073/2024, 372/2025, 768/2025 y 836/2025[11]. Lo

10 El delito corporativo es una conducta ilícita cometida dentro o a través de una empresa, que incluye una acción ilegal de una persona física y un fallo en el control o la organización de la entidad. Se compone, por tanto, de tres factores principales: un acto antijurídico individual (de un empleado, directivo o representante), un beneficio o interés directo o indirecto para la sociedad y un defecto estructural de vigilancia interna (véase, con detalle, Feijoo Sánchez, B.: *El delito corporativo en el Código penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, 2.ª ed., Madrid, 2016).

11 Mucho más próxima al esquema interpretativo propuesto por los magistrados firmantes del voto particular concurrente de la primera Sentencia, sobre todo en

que, en ningún caso, se ha corregido o se ha variado es el criterio de que es el Ministerio Fiscal y las acusaciones quienes tienen la obligación constitucional de probar de manera autónoma e independiente el defecto estructural de control en el seno de la persona jurídica, en contra, por ejemplo, del criterio de la Circular 1/2016.

De todas formas, lo que nunca llega a aclarar la jurisprudencia, y el futuro de la interpretación de los elementos esenciales pendientes de abordaje quizás podría ir por ahí, es si lo que la acusación debe de probar es la ausencia de cualesquiera medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos que evidencien una falta de voluntad seria de reforzar la

---

sus consecuencias prácticas, aunque no enteramente coincidente con ella en el plano doctrinal, la Circular núm. 1/2016 de la FGE entiende que la exención de la responsabilidad para la persona jurídica basada en la existencia de un adecuado modelo de prevención "*remite inequívocamente a la punibilidad y a sus causas de exclusión*", de modo que "*los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de excusa absolutoria, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad, reservadas estas* últimas *causas para comportamientos post delictivos o de rectificación positiva, como los contemplados en las circunstancias atenuantes del art. 31 quater*" (pág. 56). Y es que la FGE entiende que el modelo de responsabilidad consagrado por nuestro CP es el de atribución o transferencia: "*(...) la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis* —señala la Circular núm. 1/2016— *continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica*" (pág. 5).
Por tanto, la consecuencia práctica es que, como en el caso del criterio de los magistrados del voto particular, es a la empresa a quien le corresponde acreditar la existencia de un eficaz programa de prevención para eximirse de responsabilidad criminal. La FGE acoge este criterio porque, en su opinión, el modelo de la responsabilidad por el hecho propio "*no resulta conforme con el tenor literal del precepto, ni en su inicial redacción ni en la vigente. El art. 31 bis no dice que las personas jurídicas cometan el delito. Lo que establece el precepto, antes y después de la reforma de 2015, es que las personas jurídicas 'serán penalmente responsables de los delitos cometidos' por personas físicas. La propia condición 3.ª del apartado segundo del art. 31 bis recuerda que son los 'autores individuales' los que 'han cometido el delito' y en los distintos preceptos que contemplan la responsabilidad de la persona jurídica, no se atribuye a esta la comisión del delito sino que se dice que 'cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos [correspondientes] se le impondrán las siguientes penas'*". De modo que "*la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica*".

vigencia de la norma, o la ausencia de un modelo de organización y gestión, que incluya las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, de acuerdo con los requerimientos establecidos en el art. 31 bis, núms. 2 a 5, del CP. Porque lo que, por ejemplo, la STS 516/2016 lo que dice, literalmente, es que si bien el "*núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica... no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas* 'compliances' *o* 'modelos de cumplimiento'*, exigidos para la aplicación de la eximente que, además, ciertas personas jurídicas, por su pequeño tamaño o menor capacidad económica, no pudieran cumplidamente implementar*". Por tanto, parece que, una cosa, es tener cualesquiera medidas de control para prevenir delitos y, otra, tenerlas implantadas conforme a los requerimientos del CP.

Ahora bien, la primera interpretación (la acusación debe de probar la ausencia de cualesquiera medidas de control) es absurda, porque si no se tiene lo menos nunca se podrá tener lo más y, por tanto, la eximente queda vacía de contenido; la segunda (la acusación debe de probar la ausencia de un modelo de organización y gestión, que incluya las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, conforme a los requerimientos del CP) nos conduce a una situación que, en la práctica, es casi imposible de aplicar (no se puede abrir el procedimiento penal hasta que no haya, al menos, indicios de la ausencia de medidas de control en los términos del art. 31 bis) porque sólo en el contexto de un procedimiento penal puede el Fiscal probar la ausencia de las medidas de control exigidas por el CP y sólo en ese contexto es posible, para la empresa, debatir y rebatir las conclusiones del Fiscal y, por tanto, habría que admitir la relevancia penal del asunto, a efectos de abrir causa penal, en el momento en que se detecta el delito del directivo o del trabajador, conforme a los requisitos del art. 31 bis, núm. 1. Por lo tanto, no está claro —en palabras de la STS 514/2016—, que la "*circunstancia de exención de responsabilidad... (...) persigue esencialmente... posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de mayores daños reputacionales para la entidad*".

El problema es que el planteamiento de la Sala de lo Penal sólo es imaginable en el contexto de un sistema penal en el que el ejercicio muy flexible del principio de oportunidad le permita al Ministerio Fiscal, antes de iniciar la persecución penal, analizar el funcionamiento interno de la empresa, incluso, a través del resultado de una investigación interna, de modo que, a la vista de los hallazgos, decida emprender o no la persecución penal, incluso pactando o negociando con la empresa mejorar en el sistema de *compliance*. Pero en un sistema como el nuestro, el debate sobre la vir-

tualidad del sistema de cumplimiento normativo y su eficacia, en un caso concreto, exige un debate en el seno del proceso penal, bien en la fase de diligencias, bien en la de juicio oral, con lo cual, la relevancia penal indiciaria de los hechos ya tiene que haber sido declarada. Y si el problema es que la tradición jurisprudencial obstaculiza la posibilidad de decidir, en el seno de las diligencias previas, sobre la concurrencia de circunstancias eximentes, dicha tradición se puede cambiar, porque nada en la Ley lo impide, de modo que se pueda plantear un sobreseimiento cuando, en esa fase procesal, la empresa sea capaz de acreditar la eficacia de su programa de prevención.

Por otra parte, la posición del TS a favor de un sistema de autorresponsabilidad o por el hecho propio y el destierro de uno de heterorresponsabilidad ha sido visto como un éxito político criminal, puesto que ese era, como señala la propia STS 514/2016, el único constitucionalmente asumible[12]. Y, sin embargo, tiene razón Ortiz de Urbina[13] cuando señala que esa conclusión no es correcta o, al menos, no es inevitable, como demuestra clásicamente la institución civilista del *respondeat superior,* la responsabilidad por hecho de otro, esto es, vicarial, porque esta admite su configuración en régimen tanto de responsabilidad objetiva como subjetiva, de modo que los modelos de *respondeat superior* basados en la responsabilidad subjetiva respetan el principio de responsabilidad subjetiva. Además, "desde la LO 1/2015, el CP recoge expresamente la posibilidad de exención por cumplimiento normativo, lo que significa que, incluso si se entiende que, en nuestro Derecho, las personas jurídicas responden penalmente por hechos de otras personas (lo cual, a la vista del tenor literal del art. 31 bis 1, parece ineludible admitir), lo cierto es que no lo hacen de manera necesaria. Lo anterior abre la puerta a la posibilidad de sostener que el modelo español es de heterorresponsabilidad y, al mismo tiempo, compatible con la exclusión de la responsabilidad objetiva". "En conclusión, ante la insistencia en que las personas jurídicas responden en nuestro Derecho penal por hechos de otras personas, habrá que convenir que, siendo ello cierto, lo hacen de modo similar a como responden las personas físicas en los casos de intervención delictiva y comisión por omisión, que sin embargo no son cuestionados desde el punto de vista del cumplimiento del principio de responsabilidad subjetiva. La cuestión no cambia por el dato retórico de que en un caso (personas físicas) sea más común hablar de responsabilidad propia por el hecho de otra persona y en el otro (personas jurídicas) de heterorresponsabilidad".

---

12 Gómez-Jara Díez, C: *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*, 3.ª ed., Las Rozas (Madrid), 2025, págs. 69 y ss.

13 "De la autopoiesis al pragmatismo: ...", *ob. cit*.

3. EL CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA Y LA EXCLUSIÓN DE DETERMINADAS PERSONAS JURÍDICAS (INIMPUTABLES Y UNIPERSONALES)

El **concepto de persona jurídica**, en materia de responsabilidad penal, es puramente formal; efectivamente, el criterio del CP, a la hora de designar al sujeto de la atribución de la responsabilidad penal, es el formal de la personalidad —como, por otra parte, es lógico— y, por tanto, son personas jurídicas, en primer lugar, las que señala el art. 35 del CC, es decir, las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley, constituidas válidamente con arreglo a derecho, y las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados. Del mismo modo, son personas jurídicas las que nuestro vetusto CCo denomina, en su art. 116, *compañías mercantiles* que se hayan constituido con arreglo a sus disposiciones, y que tendrán personalidad jurídica una vez constituidas. Por tanto, también gozarán de personalidad jurídica las empresas que adoptan formas societarias, de modo que el titular de la empresa lo es dicha sociedad, que tiene esa personalidad de forma propia e independiente de las de sus socios.

Como señaló, en su momento, la Circular 1/2011, *"los nuevos sujetos pasivos del proceso penal, potenciales responsables de ilícitos de esa naturaleza, son las personas jurídico privadas de Derecho civil y mercantil y algunas personas jurídico públicas, constituyendo la ostentación de personalidad jurídica un primer filtro en este sentido, de modo que para aquellos otros entes colectivos que carezcan de la misma, se ha previsto un régimen diverso —de aplicación potestativa— en el artículo 129 del Código Penal, según redacción del precepto dada por la Ley Orgánica 5/2010, corregida en algún extremo por Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General*".

Por tanto, cuando hablamos de *personas jurídicas* desde el punto de vista de la responsabilidad penal, estamos hablando de las sociedades civiles que tienen personalidad jurídica (arts. 1665 a 1708 del CC); de las sociedades colectivas (arts. 125 a 144, 170 a 174 y 218 a 237 del CCo); de las agrupaciones de interés económico (Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico); de las sociedades de capital [sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima[14] y sociedad comanditaria por acciones] (RD

14 Además, dentro del tipo de la sociedad de responsabilidad limitada o de la sociedad anónima, hay, a su vez, distintas clases de naturaleza peculiar, como lo son las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada laborales (Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas); las sociedades profesionales (Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales); las sociedades anónimas deportivas (RD 1251/1999, de 16 de julio, sobre Sociedades Anónimas

Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LSC); de las asociaciones (LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, y demás leyes autonómicas sobre asociaciones); de las sociedades agrarias de transformación (RD 1776/1981, de 3 de agosto, por el que se aprueba el estatuto que regula las sociedades agrarias de transformación); de las sociedades de garantía recíproca (Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca); la cooperativa (Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, y legislación autonómica correspondiente); y las entidades aseguradoras, ya adopten la forma de sociedad anónima, ya la de mutua, cooperativa y mutualidad de previsión social. Las mutuas, las cooperativas y las mutualidades de previsión social podrán operar a prima fija o a prima variable las mutuas de seguros y entidades de previsión social (RD Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados), entre otras que se puedan mencionar.

Quedan fuera de esa consideración, las uniones temporales de empresas, porque el art. 7, núm. 2, de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, de Régimen Fiscal de las Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas, expresamente señala que una UTE *"no tendrá personalidad jurídica propia"*, las sociedades civiles sin personalidad jurídica, las comunidades de bienes, las herencias yacentes y las comunidades de propietarios, así como todas las entidades a las que haremos referencia al estudiar el régimen legal del art. 129 del CP (apartado I, 5, *infra*).

Al margen de esta regla general, la jurisprudencia ha ido excluyendo del ámbito de imputación a algunas personas jurídicas desde perspectivas materiales que no formales.

En relación con las llamadas **personas jurídicas inimputables**, tanto la Circular 1/2016 como algunas resoluciones jurisprudenciales (así, por ejemplo, las SSTS 154/2016, 108/2019, 534/2020, 894/2022 o 1073/2024), parecen haber aceptado el criterio, propuesto en España por Gómez-Jara Díez[15], de que no basta, para ser penalmente responsable, que una entidad colectiva tenga personalidad jurídica, sino que, además, es necesario que sea *imputable*. De modo que al igual que el niño no es imputable en Derecho penal individual hasta que su sistema psíquico no es suficientemente complejo, porque no ha alcanzado un determinado nivel interno de autorreferencialidad o autoconciencia, las empresas también deben de superar ese umbral de complejidad interna suficiente y de autorreferencialidad bastante para po-

---

Deportivas); etc.

15 *La culpabilidad en el Derecho penal de la empresa*, Madrid, 2005, págs. 241 y ss.; del mismo: "¿Imputabilidad de las personas jurídicas?", en Bajo Fernández, M., Jorge Barreiro, A. y Suárez González, C. (eds.): *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, págs. 425 y ss.

der ser consideradas personas en Derecho penal[16]. Obviamente, no hace falta decir que en esta concepción se prescinde, completamente, de la concepción formal de persona jurídica que, aparentemente, acoge el CP, para construir un concepto material basado en esa idea de complejidad organizativa[17].

El estatuto que le correspondería a la persona jurídica inimputable, si indiciariamente la responsabilidad que se le exigiera fuera civil, sería el propio de un tercero responsable civil, reconociéndosele los derechos que, como tal, ostenta el demandado en el proceso civil, solución que resulta por aplicación supletoria de la LEC[18]. Así las cosas, tanto la jurisprudencia como la Circular 1/2016 han admitido que no son imputables, o, si se prefiere, son inimputables aquellas personas jurídicas estrictamente instrumentales o "de pantalla" que han sido creadas, exclusivamente, para la comisión de hechos delictivos, careciendo de una actividad lícita, por lo que han de ser consideradas al margen del régimen de responsabilidad del art. 31 bis del CP.

Paradigmático, al respecto, es el Auto de 19 de mayo de 2014 de la Sala de lo Penal (Sección Segunda) de la Audiencia Nacional, al plantearse el problema de cuál ha de ser la situación o el estatus jurídico, en el proceso,

---

16 Gómez-Jara Díez, C.: «¿Imputabilidad...?», en *ob. cit.*, pág. 439; más recientemente, del mismo: "El modelo constructivista de (auto)responsabilidad penal de las personas jurídicas: tres contribuciones de la teoría a la práctica", en *Revista de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, vol. núm. 1, abril 2023, págs. 20 y ss.

17 Por lo demás, como ha señalado Silva Sánchez en un reciente e interesante trabajo ("Lo real y lo ficticio en la responsabilidad 'penal' de las personas jurídicas", en *Revista de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, vol. núm. 1, abril 2023, págs. 19–20) esta forma de razonar sobre la culpabilidad en el caso de las personas jurídicas prescinde del vínculo intrínseco que supone la culpabilidad entre un hecho antijurídico y una determinada persona física y lo reduce a una mera forma de hablar, porque "la contribución de la persona jurídica al hecho típico de una persona física integrante de la empresa de la que aquella es titular no es un 'hecho' determinado e individualizable, ni activo, ni omisivo. En la persona jurídica tampoco hay ni elección ni culpabilidad por la conducción de la vida (no hay auto— sino hetero-conducción). Con la referencia a su vida o a su carácter —siempre en términos de forzada metáfora antropomórfica— no se alude más que a un discurrir de acontecimientos, a una multiplicidad difusa —en términos tanto sincrónicos como diacrónicos— de hechos de personas físicas que dan lugar a un estado de cosas. En otras palabras, a la interacción sincrónica y diacrónica de acciones y omisiones de las personas físicas que se han integrado a lo largo del tiempo en la organización jerárquica de la empresa y, paralelamente, en los diferentes órganos de la persona jurídica. Así pues, la persona jurídica no realiza ningún tipo de injusto, ni lo hace culpablemente. No hace nada que pueda ser retribuido mediante la pena. La 'cultura corporativa' es un producto de las personas que la integran a lo largo del tiempo".

18 Gómez-Jara Díez, C.: "La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014", en *La Ley*, núm. 8.341, 26 de junio de 2014.

tras reforma del CP por LO 5/2010 y la concordante de la LECrim por Ley 37/2011, de 10 de octubre, de la persona jurídica que solicita su personación en el procedimiento y se le deniega, pese haberse adoptado, en su contra, radicales medidas cautelares, por considerar que se trata de una entidad mercantil que está incursa en el entramado delictivo investigado, señala: "*Al respecto, el juzgado instructor, aunque no de forma expresa, parece que se ha decantado por estimar que no se trata de una persona jurídica que tenga la condición de imputable a tenor del artículo 31 bis del CP, ya que respecto de ella claramente no se han seguido las pautas ordenadas en los artículos 118–119 de la ley procesal, referidos a la imputación de las personas jurídicas, por aparentemente considerar que serían entidades puramente instrumentales o pantalla para la comisión de hechos delictivos, procediendo directamente a aplicarles a todas las entidades relacionadas intensas medidas cautelares reales de carácter general contenidas en la ley de enjuiciamiento civil (LEC) que pueden impedir* de facto *la continuidad de su funcionamiento en el ámbito mercantil, sin seguirse tampoco para ello las prescripciones contenidas en el artículo 544 quáter de la LECrim, referido a las personas jurídicas formalmente imputadas. Es obvio que esta decisión procesal no expresamente adoptada por el juzgado instructor tiene desde el punto de vista de la posición procesal de las personas jurídicas afectadas importantísimas consecuencias jurídicas.*

Resulta cierto, que a partir de la inclusión en nuestro ordenamiento jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la consecuente regulación de su posición procesal y de las garantías procesales inherentes de que están revestidas se ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo estatus jurídico procesal referido a esta clase de personas, del que en principio solo podrían gozar en tanto que efectivamente fueran penalmente imputables a tenor del artículo 31 bis del CP, por no ser meros instrumentos para delinquir o pantallas para ocultar tras ellas actividades delictivas, es decir evidentes meras proyecciones de la actividades delictivas de las personas físicas que delinquen a través de ellas u ocultándose detrás de ellas, y respecto de las que procedería únicamente el «levantamiento del velo» para poner al descubierto su verdadero estatus instrumental, como tal no susceptible ni merecedor en principio de ningún sistema de garantías para su disolución y el comiso de sus bienes enteramente afectos a la actividad delictiva. Sin embargo, ésta no es una situación que sea siempre tan nítida y evidente fáctica y jurídicamente, ni que tampoco se dé fácilmente en estado puro. Como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente, irá variando a lo largo del tiempo. Los únicos elementos que por momento sirven de referencia jurídica son las menciones que se contienen en el art 66 bis 2 del CP, aunque referidas a la graduación de las penas imponibles a las personas jurídicas, para lo que, dicen, habrá de tenerse en cuenta «que la persona jurídica se utilice instrumental-

mente para la comisión de ilícitos penales» y «que se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal». Sin embargo, lo que dejan a nuestro juicio claro es que incluso en el caso de «que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales» es penalmente imputable como persona jurídica y debe ostentar el estatus jurídico penal correspondiente. Razonando por exclusión debemos de concluir, que solo cuando su carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos, estaremos ante personas jurídicas puramente simuladas, es decir, no reales, y que por ello no resultan imputables"[19].

La STS 154/2016 entiende que *"la sociedad meramente instrumental, o 'pantalla', creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del art. 129 CP, que contemplaba la aplicación de semejante «consecuencia accesoria» a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento"*. Además, según señala la Sala de lo Penal del TS, *"tal circunstancia, que en esta oportunidad sí que nos permite por otra parte y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, mantener la imposición de la pena de disolución de semejante persona jurídica de acuerdo con los preceptos ya citados, esencialmente el 66 bis del Código Penal, tiene asimismo su reflejo en el hecho de la absoluta inutilidad de la repetición de las actuaciones para dotarla de una defensa adecuada, máxime si entendiéramos que nuestro Legislador equipara el enjuiciamiento de esta clase de entidades, formalmente dotadas de personalidad jurídica pero sin contenido real más allá que la finalidad de su utilización para la comisión del delito, con aquellas otras con existencia real y, por ende, para las que la disolución sí que supone un castigo con contenido efectivo"*.

Más recientemente, la SSTS 534/2020, de 22 de octubre, o 894/2022, de 11 de noviembre, han señalado, en el mismo sentido, que solo una empresa

19 Por su parte, la Circular 1/2016 de la FGE, les dedica un apartado a las personas jurídicas inimputables, expresándose en términos muy parecidos al anterior Auto, al que se refiere en varios incisos.

con una mínima complejidad interna adquiere una capacidad autoorganizativa y, en consecuencia, permite hacerla responsable penalmente por las consecuencias derivadas de la *culpa organizativa*, prevista por el art. 31 bis del CP, mientras que las denominadas *sociedades pantalla*, que no tienen otro propósito que delinquir o encubrir actividades ilegales, están al margen del sistema penal para las personas jurídicas, y, por lo tanto, no pueden gozar de los derechos y garantías que el mismo ofrece, siendo inimputables a todos los efectos penales. En estos casos el sistema de imputación vendrá dado por el mecanismo del *levantamiento del velo* dirigiendo la acción penal únicamente hacia las personas físicas que están detrás de la organización. Por tanto, lo determinante es la existencia de una complejidad interna, presumible a partir de un suficiente sustrato material organizativo, que, si falta, falta el presupuesto para hablar de imputabilidad penal, por inexistencia de capacidad de culpabilidad, ya que, debido a su mínima estructura, no se da la base desde la que conformarla, y es que, no habiendo posibilidad de establecer mecanismos de control, no puede surgir el fundamento de su responsabilidad, de ahí que no toda sociedad pueda considerarse imputable en el ámbito penal[20].

La sensación que provocan estas resoluciones es que, más que aceptar un concepto constructivista de la culpabilidad de las personas jurídicas y su consecuencia (esto es, la consideración de algunas personas jurídicas como inimputables), lo que están tratando es resolver es un problema de naturaleza estrictamente práctico, de economía procesal; es decir, lo que, en última instancia, parece pretenderse, al acoger esta tesis, es *quitarse procesalmente de encima* a este tipo de entes instrumentales porque representan un semillero de obstáculos desde el punto de vista de la viabilidad de su enjuiciamiento y permanencia en el proceso, bien porque no es posible localizar al administrador, bien porque no se logra que lleguen nunca a designar a un abogado y procurador para su defensa, etc. Por eso, lo más fácil es excluirlas del proceso directamente declarándolas inimputables[21].

---

20 Como ha señalado Aguilera Gordillo ("Déficits del enfoque sistémico de responsabilidad penal de la persona jurídica: inimputabilidad y contagio penal en operaciones de M&A. Procedencia del modelo antrópico y behavioral game theory", en *RECPC*, 25–06, 2023, pág. 15), en realidad el TS maneja dos fundamentos de la inimputabilidad de una persona jurídica, cuando estas han sido creadas instrumentalmente para delinquir y cuando estas tienen una mínima estructura.

21 La STS 154/2016 habla de una "*solución solvente y sobre todo procesalmente muy práctica*" (en el mismo sentido, Luzón Cánovas, A.: "Personas jurídicas exentas y personas jurídicas excluidas de responsabilidad penal", en VV. AA.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Fiscalía General del Estado, 2018, pág. 218; de hecho, este autor prefiere hablar de personas jurídicas exentas, no de personas jurídicas inimputables).

Al margen de críticas más profundas y extensas a la propia concepción constructivista de la culpabilidad[22], en nuestra opinión, en el caso de las personas jurídicas, no existe, en absoluto, ninguna base legal para poder sustentar la idea de que solo las entidades que superen un determinado umbral de complejidad interna suficiente y de autorreferencialidad bastante pueden ser consideradas personas en Derecho penal[23]. Sobre todo, y fundamentalmente, porque el CP (por ejemplo, en el art. 129), el único criterio que acoge para excluir a las personas jurídicas del régimen de la responsabilidad penal del art. 31 bis, núm. 1 (excepción hecha de la exclusión de las personas jurídicas públicas), es el formal de la personalidad jurídica. Por otra parte, el art. 66 bis, regla 2.ª, último párrafo, admite la posibilidad de que existan personas jurídicas que se utilicen instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, debiendo entenderse que se está ante este supuesto cuando *la actividad legal sea menos relevante que su actividad ilegal*. Qué es la relevancia, a estos efectos, parece que no puede sino interpretarse en términos cuantitativos. Por tanto, *menos relevante* puede querer decir que la actividad ilegal es el 51% y la legal el 49% o que la actividad legal sea el 0% y la ilegal el 100%.

Por lo demás, ¿cómo se define ese *umbral de complejidad interna*, con arreglo a qué parámetros legales? El nivel de ambigüedad de tales conceptos como el de la complejidad interna o el de la autorreferencialidad casa mal con las exigencias de certeza del Derecho penal[24].

En relación con las **personas jurídicas unipersonales**, decía la Circular 1/2011 de la FGE, que "*en aquellos... casos en los que se produzca una identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, de modo tal que sus voluntades aparezcan en la práctica totalmente solapadas, sin que exista verdadera alteridad ni la diversidad de intereses que son propias de los entes corporativos —piénsese en los negocios unipersonales que adoptan formas so-*

22 Un trabajo clásico para esta crítica, HIRSCH, H. J.: "Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht", en *ZStW*, 106, 1994, págs. 763 y ss.

23 Como señala Díez Ripollés, "hubiera sido preferible crear para estos casos el delito de testaferría, que hace responder a las personas físicas por servirse de la sociedad para aquellos fines, sin perjuicio de aplicar la medida de seguridad de disolución de la sociedad y los delitos cometidos por las personas físicas sirviéndose de tal instrumento societario" ("La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española", en *InDret*, 1/2012, pág. 12). En el mismo sentido de poner en evidencia la absoluta falta de anclaje legal de la posición del Tribunal Supremo, Cigüela Sola, J.: "La inimputabilidad de las personas jurídicas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 2330/2020, de 22 de noviembre", en *Indret: Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 1/2021, págs. 614 ss.

24 En el mismo sentido, Cigüela Sola, J.: "La inimputabilidad de las personas jurídicas...", en *ob. cit.*, pág. 643; Aguilera Gordillo, R.: "Déficits del enfoque sistémico...", en *ob. cit.*, pág. 15.

cietarias—, resultando además irrelevante la personalidad jurídica en la concreta figura delictiva, deberá valorarse la posibilidad de imputar tan solo a la persona física, evitando la doble incriminación de la entidad y el gestor que, a pesar de ser formalmente posible, resultaría contraria a la realidad de las cosas y podría vulnerar el principio non bis in idem".

De esta forma, en estos casos, "*habrá de procurarse el reproche de los delitos cometidos por las personas físicas que se ocultan detrás, levantando el velo de la forma societaria a los solos efectos de revelar dichas conductas individuales y hacer responder al patrimonio de la entidad, si lo hubiere, como patrimonio propio del autor*". Más recientemente, la Circular 1/2016 ha vuelto a insistir en que "*procede la exclusiva imputación de la persona física*", como ya advertía la Circular 1/2011, en aquellos casos en los "*que existe una identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, de manera que sus voluntades aparecen en la práctica totalmente solapadas o en que resulta irrelevante la personalidad jurídica en la concreta figura delictiva, evitando así una doble incriminación que resultaría contraria a la realidad de las cosas y podría vulnerar el principio non bis in idem*".

La STS 747/2020, de 27 de julio (y, en el mismo sentido, siguiendo a ésta, las SSTS 894/2022, de 11 de noviembre, y 1073/2024, de 26 de noviembre), ha abundado en este criterio cuando se pregunta: "*¿Es aceptable una doble penalidad —persona física y persona jurídica— cuando la persona física responsable penal es el único titular de la sociedad?*". Y la respuesta es terminante: el principio del *non bis in ídem* parece repudiar la doble condena.

Efectivamente, el régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas exige una mínima alteridad de la persona jurídica respecto de la persona física penalmente responsable, de modo que cuando el condenado penalmente como persona física es titular exclusivo de la sociedad, no resulta factible imponer dos penalidades sin erosionar, no ya solo el principio del non bis in ídem, sino la misma racionalidad de las cosas. Porque el sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas encierra inevitablemente ciertas dosis de ficción. Las penas impuestas a la persona jurídica no las sufren materialmente los entes morales, incapaces de padecer, por lo que estas acaban inexorablemente recayendo en personas físicas (pocas o muchas, y más o menos diluidas). Cuando la persona jurídica se identifica con una persona física, es ésta la que sufre íntegramente la sanción. Si es penalmente responsable de la conducta por la que ha de responder la persona jurídica se le estará imponiendo una doble sanción por una única conducta: El delito cometido por él que arrastra, además, a la condena de la persona jurídica de su exclusiva titularidad.

"*Esa dualidad* —sigue diciendo la resolución a la que nos referimos— *no es coherente con la filosofía que inspira el régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas en perspectiva asumida por la jurisprudencia dominante. Se dice que la sanción a la persona jurídica se funda en la ausencia de un sistema*

interno de prevención eficaz. Eso ha permitido hablar a la jurisprudencia de un delito corporativo y establecer un fundamento diferenciado de la sanción, así como hablar de autorresponsabilidad.

Pues bien, resulta absurdo imponer a la persona física titular única de la mercantil dos penas: una por la comisión del delito y, otra, ¡por no haber establecido mecanismos de prevención de sus propios delitos! Opera el principio de consunción: al castigar al responsable penal del delito se está contemplando y sancionando también su desidia e indiferencia (¡!) por no prevenir sus propios delitos; su, digamos en la nomenclatura extendida, falta de cultura de respeto a las normas.

No es concebible en esos supuestos que hubiese responsabilidad penal de la persona física administrador, y no de la Sociedad (por existir un programa de cumplimiento implantado por el propio responsable penal). El delito corporativo se diluye en el delito individual tradicional".

Se puede argumentar, en contra de este criterio, que la coherencia del sistema exige la doble pena para alejar consecuencias indeseables, pero no es un argumento concluyente. De participar mayoritariamente, el responsable penal, en otras sociedades, no afectará a ellas la prohibición, incluso si fuese único titular. El problema no se solventa con la doble penalidad, sino con previsiones penales o extrapenales que permitan «levantar el velo» en la ejecución de ese tipo de sanciones.

Por otra parte, sigue diciendo al STS 747/2020, *"algunos autores —y en algún pronunciamiento judicial ha tenido eco esa tesis — prefieren hablar en estos casos de falta de imputablilidad de la persona jurídica (vid, aunque ante sustratos fácticos diferentes al examinado, SSTS 154/2016, de 29 de febrero, 108/2019, de 5 de marzo, o 534/2020, de 22 de octubre) al no contar con una estructura mínimamente compleja. Pero en supuestos como éste de Sociedades unipersonales ese hipotético enfoque podría jugar solo de forma subsidiaria respecto de la perspectiva primaria: identifica un problema de estricto* non bis in idem *y de necesidad de levantar el velo. Se produce un* bis in idem *si quien padece las dos penas es materialmente el mismo individuo, aunque formalmente sean dos sujetos jurídicos diferenciados: el administrador responsable penal es a la vez socio único de la mercantil*" ([25]).

---

25 Señalan Clarimón Escuder y Martínez Casimiro ("Sociedades unipersonales y responsabilidad penal de la persona jurídica: un claro *bis in idem*. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 747/2022, de 27 de julio", en *La Ley: Compliance Pena*l, núm. 11, octubre de 2022, pág. 4) que "de las sociedades unipersonales no creadas expresamente para la comisión delictiva no es posible predicar una *estructura corporativa compleja* diferenciada de la actuación de la persona física autora material del ilícito que haya favorecido la comisión delictiva. No existe ese 'estado de cosas', por lo que el fundamento de la RPPJ queda vacío de contenido. Con ello, y devolviendo la mirada al principio de *non bis in idem*, existiría una

La exclusión en esos casos del castigo independiente a la persona jurídica, amén de ser lo dogmáticamente correcto, tiene determinadas ventajas en el ámbito procesal, ya que otra solución complica absurdamente la tramitación: un doble sujeto pasivo procesal completamente artificial. "*Si, además, introducimos el ingrediente de la necesidad de evitar el conflicto de intereses (al que alude alguna jurisprudencia), llegaríamos al absurdo de tener que poner a la persona jurídica bajo la tutela de alguien que pueda defenderla frente ¡a su único titular!, y que pueda diseñar una estrategia defensiva propia (¿?)*"[26].

---

identidad material de sujetos en tanto que no se puede observar una alteridad suficiente por la ausencia de organización diferenciada entre persona física y persona jurídica; pero también una identidad material de fundamento, por cuanto el supuesto delito corporativo de la persona jurídica no es posible en la sociedad unipersonal al no existir ese estado de cosas favorecedor del delito diferente al de la persona física. El castigo a la sociedad unipersonal no es aceptable castigando también a su único integrante y autor del delito que generaría *ex ante* RPPJ, pues llevaría a un absurdo".

26 El magistrado Andrés Martínez Arrieta formuló un voto particular a la STS 1073/2024 en el que señalaba que la ley no exime a las sociedades unipersonales o de pequeñas dimensiones porque el CP no les otorga una causa de atipicidad, exención o inmunidad a las sociedades por el hecho de ser unipersonales o de dimensiones reducidas. En su opinión, el legislador ha contemplado expresamente a las pequeñas empresas (aquellas autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada) y dispuso que, en ellas, las funciones de supervisión y control pueden ser asumidas directamente por el órgano de administración, lo que demuestra que la intención de la norma es incluirlas plenamente en el régimen sancionador, ajustando la gestión del riesgo a sus dimensiones, pero sin exonerarlas. Tampoco acepta que exista un problema de vulneración del *non bis in idem*, porque la persona física responde por la ejecución directa del delito de origen y la persona jurídica responde por un título propio y diferenciado (*autorresponsabilidad*): el incumplimiento del deber normativo de implementar un modelo de prevención y control eficaz (art. 31 bis CP). Al tratarse de dos sujetos jurídicos independientes que operan en el tráfico mercantil, no hay doble sanción a un mismo individuo por el mismo hecho, sino la punición de dos infracciones normativas distintas. Por otra parte, señala que operar en el mercado a través de una mercantil es una decisión voluntaria del empresario para proteger su patrimonio personal frente a deudas o riesgos comerciales, de modo que, si decide beneficiarse de las ventajas que otorga la personalidad jurídica, debe asumir también las obligaciones legales que se le imponen a dicho sujeto. También, rechaza que en una pyme sea "imposible" o "absurdo" un sistema de control porque la sociedad puede acordar mecanismos de supervisión ajenos a la persona del administrador o externalizar la función de cumplimiento en un tercero independiente. Si la empresa decide no establecer ningún mapa de riesgos ni control, asume voluntariamente un riesgo que fundamenta su culpabilidad cuando se comete un delito en su seno. En otro orden de cosas, critica el uso de la doctrina del levantamiento del velo para favorecer al acusado (*in bonam partem*) y librar a la empresa de su sanción. Esta figura nació para evitar el fraude a terceros o acreedores, no para permitir que una sociedad actúe formalmente en el mercado, pero quede exenta de responder penalmente. Considera artificioso calificar a estas sociedades de "inimputables" por falta de

4. LA TRANSFERENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL (Y CIVIL, DERIVADA DE DELITO) EN LOS SUPUESTOS DE SUCESIÓN DE EMPRESA

El legislador penal ha previsto una especie de transferencia o traslado de la responsabilidad de la persona jurídica original a la entidad o entidades en las que ésta se transforme, quede fusionada o absorbida, sin que tampoco quepa extinguir la responsabilidad penal por la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica, entendiéndose por disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos (art. 130, núm. 2, CP).

No está claro que el legislador acertara en la forma de regular la solución del problema, porque, más bien, parece haber utilizado la brocha gorda que el pincel fino que exigía su complejidad.

Así, por ejemplo, el CP recoge casi todos los supuestos de la anterior Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, hoy sustituida por el caótico RD Ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y otras situaciones de vulnerabilidad; de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, y se refiere a las hipótesis de la transformación, la fusión, la absorción o la escisión de una persona jurídica. Sin embargo, el CP, de forma inexplicable, deja fuera el supuesto de la cesión global de activos y pasivos, que, desde el punto de vista de la elusión de responsabilidades, es perfectamente asimilable a un supuesto de sucesión de empresas, en la medida en que la empresa cedente se convierte en un cascarón vacío, incapaz de asumir responsabilidades de ningún orden.

Por eso, y con acierto, en otros ámbitos en los que se plantea el problema de la transferencia de responsabilidades a la empresa sucesora, sí se men-

---

sustrato porque si la entidad posee capacidad de ser titular de derechos, contratar y operar comercialmente, tiene plena capacidad de respuesta penal. Finalmente, el autor del voto particular recuerda que penas previstas para la persona jurídica (clausura, inhabilitación para subvenciones, disolución) son distintas en su naturaleza de las corporales del administrador. Además, para los casos en que ambas multas sean pecuniarias y recaigan sobre el mismo entorno patrimonial, el artículo 31 ter 1 del CP ya prevé la regla de modulación y compensación de multas para evitar desproporciones, sin necesidad de recurrir a la absolución total de la empresa.

ciona, expresamente, como uno de los escenarios posibles, el de la sucesión en la *titularidad o ejercicio de explotaciones, industrias, negocios o actividades económicas* (art. 42, núm. 1, de la LGT y arts. 168, núm. 1, y 142, núm. 1, de la LGSS).

Por lo demás, la referencia a la transformación en el art. 130, núm. 2, CP es más que discutible porque la transformación no altera, en ningún caso, la personalidad jurídica de la sociedad, que continuará subsistiendo bajo la nueva forma (art. 17 del Libro Primero del RD Ley 5/2023). Por eso, para los acreedores, el hecho de la transformación no supone novación alguna, motivo por el cual no pueden oponerse a la misma alegando que se ha producido un cambio en la persona del deudor[27]. En tales condiciones, desde el punto de vista penal, la transformación no supone, en ningún caso, la necesidad de una *transferencia* de la responsabilidad penal (o civil *ex delicto*) a la empresa sucesora porque, en realidad, no hay tal sucesión.

Teniendo en cuenta la diferente naturaleza y consecuencias jurídicas de la transformación, la fusión, la absorción y la escisión, es muy discutible la uniformidad con la que se describen las diferentes operaciones societarias de modificación estructural, como si todas generaran iguales efectos y consecuencias, y el automatismo con el que se ofrece la solución al problema de la transferencia de responsabilidades entre la empresa sucedida y la empresa sucesora. Porque, el párrafo primero del núm. 2 del art. 130 del CP, se limita a señalar que "*la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión*", sin distinguir entre las distintas situaciones o los distintos escenarios en los que se pueden producir esas transformaciones, fusiones, absorciones o escisiones. No es posible obviar, como parece pretender el CP, que esas situaciones o escenarios pueden ser, para la empresa sucesora, escenarios o situaciones de normalidad, porque ésta puede no ser, en absoluto, consciente o conocedora de que, en su caso, la operación societaria en cuestión pretende una elusión de las responsabilidades penales; o para la propia empresa sucedida, que puede, también, no ser consciente o conocedora de la realidad de determinadas conductas delictivas de sus empleados, que luego, en el momento de la operación societaria o después de ella, se terminan por poner de manifiesto. Esa falta de matices del texto es lo que ha obligado a la Circular 1/2011 a decir que, en la norma del art. 130, núm. 2, del CP, "*se da más importancia al sustrato organizativo de la propia entidad que a consideraciones meramente formales, lo que resulta lógico, teniendo en cuenta el dinamismo consustancial a las figuras corporativas*".

---

27 Broseta Pont, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, 24.ª ed. a cargo de F. Martínez Sanz, vol. I, Madrid, 2017, pág. 593.

Además, esa uniformidad y automatismo en la redacción del párrafo primero del art. 130, núm. 2 del CP choca, frontalmente, con la forma en la que está redactado el párrafo segundo del mismo precepto, que recoge el supuesto de disolución de la persona jurídica. En este caso, el CP no se limita a referirse, en términos genéricos, a la disolución de la persona jurídica, sino que se refiere, únicamente, a la disolución *encubierta o meramente aparente de la persona jurídica*, expresión que, de forma inequívoca, remite a una operación societaria fraudulenta, porque no es una disolución *real* sino una disolución puesta en marcha con un objetivo espurio, cual es, intentar evitar la responsabilidad penal. Por ello, solo esa disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica es la que provoca la subsistencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica[28].

Efectivamente, de entre los problemas que aún no han sido debidamente abordados, a pesar de la trascendencia práctica que tiene para la decisión final de determinados procedimientos penales vivos o, incluso, en general, para ofrecer una mayor seguridad jurídica en operaciones de fusiones y adquisiciones, está el de la transferencia de las responsabilidades penales, o civiles *ex delicto*, en los supuestos de transformaciones estructurales de la persona jurídica o, si se quiere, y por utilizar una terminología consolidada en otros sectores del ordenamiento jurídico —y que utilizaremos aquí para simplificar la referencia a la cuestión—, en el caso de la *sucesión de empresas*.

El problema que tratamos de analizar es, pues, el de definir hasta qué punto, y de qué forma, pueden dejarse subsistentes, para la nueva o nuevas sociedades, surgidas del proceso de modificación estructural, las responsabilidades penales (o civiles *ex delicto*) asumidas por la sociedad o sociedades preexistentes. La pregunta por contestar es, pues, sencilla, aunque no lo sea su respuesta: ¿Asume la sociedad sucesora la responsabilidad penal, o civil derivada del delito, de la sociedad sucedida?

El problema no es propio ni exclusivo del Derecho penal, sino que se suscita en otros ámbitos jurídicos, siempre que hay responsabilidades pendientes de enfrentar y resolver por parte de empresas que van a iniciar un proceso de transformación. Así, como veremos, es un problema clásico en el ámbito laboral y recurrente en el ámbito fiscal, y, por lo tanto, puede ser oportuno acudir a los órdenes social y administrativo, con el fin de analizar el tratamiento que reciben los supuestos de sucesión de empresas, en tan-

28 Critica, con razón, Molina Fernández que la expresión *disolución encubierta* "no puede interpretarse más que como un error, ya que alude a la situación contraria a la que quería preverse", porque una disolución encubierta es, precisamente, "la que se ha producido en lo material pero no formalmente, justo lo contrario que la ficticia/aparente". Como él mismo señala, el legislador, en realidad, "quería referirse al mantenimiento encubierto de las actividades de la persona jurídica no a la disolución encubierta" (véase, *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal 2016*, pág. 717).

to en cuanto, en esos ámbitos, tiene un mayor desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial. Esta travesía por otras jurisdicciones nos permitirá extraer similitudes y diferencias entre las distintas regulaciones, así como nos puede reportar cierta utilidad a la hora de identificar problemas y proponer soluciones.

Fuera de nuestras fronteras, en sistemas jurídicos que cuentan con una larga tradición a la hora de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, el problema que aquí analizamos lleva años siendo objeto de atención y tratamiento doctrinal y jurisprudencial, por lo que referirse a ello también nos puede resultar útil para orientar las soluciones a adoptar en nuestro propio sistema.

Finalmente, es muy importante señalar que las disposiciones, tanto las del CP como las de las normas laborales y tributarias, tienen la naturaleza propia de *normas antifraude*, dado que pretenden evitar que la sucesión de empresas se utilice como mecanismo para eludir responsabilidades penales, laborales o fiscales, bien de las ya nacidas, bien de las de cierto e inminente nacimiento[29]. De hecho, el párrafo segundo del art. 130, núm. 2, del CP es expresión inequívoca de ello al referirse a *la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica*, términos que dan cuenta del contenido defraudatorio de la disolución a la que se refiere, que no es la *real* sino la emprendida con un objetivo espurio; el de intentar evitar la responsabilidad penal.

Esta *naturaleza antifraude* hay que tenerla muy presente, porque las normas que determinan la transferencia de la responsabilidad penal (así como la civil *ex delicto*, la laboral o la tributaria) a la empresa sucesora, en supuestos de sucesión de empresas, no son normas que deban de interpretarse de manera meramente formal y aplicarse de forma automática[30].

La propia naturaleza de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros

---

29 Así lo reconoce, sin ninguna duda, la Circular 1/2011 de la FGE, cuando, refiriéndose al art. 130, núm. 2, del CP, señala que "*el precepto trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión*".

30 Así, señala la Circular 1/2011 que, en la norma del art. 130, núm. 2, del CP, "*se da más importancia al sustrato organizativo de la propia entidad que a consideraciones meramente formales, lo que resulta lógico, teniendo en cuenta el dinamismo consustancial a las figuras corporativas*". Esa naturaleza antifraude de esta norma la reconoce, también, Morales Prats, F., en Quintero Olivares, G. (dir.) y Morales Prats, F. (coord.): *Comentarios al Código Penal Español*, tomo I (Artículos 1 a 233), 7.ª ed., Pamplona, 2016, pág. 817; González Gugel, J.: "Traslado de la responsabilidad penal entre personas jurídicas: la existencia de fraude como requisito para la aplicación del art. 130.2 CP", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. XXVI, 2023, págs. 326 y ss.

relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, es, igualmente, la de una norma protectora de los derechos de los trabajadores frente a maniobras de cesión o transmisión de empresas o actividades empresariales orientadas a eludir las responsabilidades que para con dichos trabajadores se han contraído.

Con ocasión de las primeras sentencias relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el TS ha afirmado, rotundamente, que a las personas jurídicas les asisten los mismos derechos y garantías constitucionales que a las personas físicas. En este sentido, ya la STS 514/2015, de 2 de septiembre, señalaba que, pese a no haber tenido todavía la oportunidad de pronunciarse sobre el fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, "*parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal*". De igual modo, las posteriores SSTS 154/2016 y 221/2016, han venido reforzando la meritada tesis.

Por su parte, con motivo de la discusión suscitada en torno a la (no) transmisión directa de responsabilidades penales entre la persona física y la persona jurídica, las referidas sentencias han recordado la prohibición de responsabilidad objetiva vigente en nuestro ordenamiento. Especial interés tiene, en este sentido, lo establecido por la STS 221/2016, de 16 marzo, al señalar que "*nuestro sistema, en fin, no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva, en las que el hecho de uno se transfiera a la responsabilidad del otro, aunque ese otro sea un ente ficticio sometido, hasta hace bien poco, a otras formas de responsabilidad. La pena impuesta a la persona jurídica sólo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio*".

Por tanto, el principal problema que plantea la previsión del art. 130, núm. 2, CP, tanto en el orden de la responsabilidad penal como en el de la responsabilidad civil *ex delicto*, consiste en que, si nos atenemos a su estricta literalidad, se hace responder a una entidad por unos hechos delictivos cometidos por otra. En este mismo sentido, también contrario a la interpretación excesivamente formalista del art. 130, núm. 2, el Auto 246/2019, de 30 de abril, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la AN[31]. En dicha resolución se advierte de "*las graves consecuencias que una aplicación automática del art. 130.2 CP podría acarrear*", por lo que resulta necesario buscar límites para evitar "*una aplicación de una responsabilidad meramente objetiva, prescrita por nuestro Tribunal Constitucional (SSTC 146/1994, de 12 de mayo;*

31 Un comentario a dicha resolución en Goena Vives, B.: "'To be or not to be'. Comentario al Auto 246/2019 de la Sala de lo Penal Sección 4 de la Audiencia nacional, en relación con los casos de sucesión empresarial (art. 130.2 CP)", en *La Ley Compliance penal*, núm. 1, 1 de abril de 2020, págs. 14 y ss.

151/2005, de 6 de junio; 283/2006, de 9 de octubre, y 59/2008, de 14 de mayo)" que *"podría vulnerar los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas, respecto"* tal y como ya ha señado la STS 668/2017, de 1 de octubre.

Es por lo que la Sala considera que no es posible hacer que las *"entidades que nada tienen que ver con los delitos cometidos por las sociedades fusionadas"* tengan que responder por los mismos. Y es que *"en la mayoría de las ocasiones, este tipo de modificaciones estructurales obedecerá a fines lícitos relacionados con intereses económicos, oportunidades de mercado, u otros de cualquier tipo, ajenos al encubrimiento delictivo, ya que no cabe duda de que los primeros interesados en desprenderse de esa supuesta peligrosidad criminal de las entidades fusionadas serán las propias entidades que las fusionan o absorben, salvo que quieran asumir el coste del daño reputacional"*. De ahí la importancia, según la Sala, *"del comportamiento de la entidad resultante tras la fusión"*, que servirá para *"valorar la finalidad de la operación, y si la misma, se llevó a cabo por móviles espurios, acreedores de algún tipo de responsabilidad penal"*.

En conclusión, la Sala exige *"llevar a cabo una interpretación del precepto acorde con la normativa constitucional y los principios básicos del Derecho penal"*, impidiendo que se pueda trasladar a la nueva sociedad *"sin más"*, los posibles *"defectos de organización de la entidad absorbida, ni la existencia de una cultura de cumplimiento de la norma, susceptibles de reproche penal"*, puesto que ello nos llevaría irremediablemente a una *"vulneración del principio de personalidad de las penas y del de culpabilidad, ya que se haría responder a aquél por hechos ajenos en los que ninguna intervención ni dolosa, ni culposa hubiere tenido, lo que nada tiene que ver con un sistema penal de autorresponsabilidad como el pretendido por el legislador en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas"*.

Con todo, las anteriores afirmaciones están sujetas a diversos matices. De este modo, los supuestos de transformación no resultan, *a priori*, demasiado problemáticos, puesto que, pese a existir un cambio de forma o tipo social, se conserva la misma identidad o personalidad jurídica, de acuerdo, como ya vimos, con lo establecido por el art. 17 del Libro Primero del RDL 5/2023.

Igualmente, tampoco parece existir objeción alguna en afirmar la posibilidad de transferencia de responsabilidades entre personas jurídicas cuando se aplica a los supuestos para los que tal figura fue creada, es decir, en casos de fraude. Esta idea es compartida, como ya hemos visto, por el Ministerio Fiscal, que, en su Circular 1/2011, confirma la idea de que *"el precepto trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión"*. La transferencia de responsabilidad en los supuestos en los que se persiga eludir fraudulentamente la misma, no sólo resulta lógico, sino que, además, es ajustado a derecho, puesto que la entidad sucesora habrá participado, en cierto modo, en la causación culpable del ilícito que genere tales responsabilidades; participación que, dicho

sea de paso, deberá quedar debidamente acreditada, so pena de incurrir en una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

En cuanto a la disolución y liquidación, la LSC, establece un proceso complejo, que comienza por la disolución, continúa con la liquidación y termina con la extinción, en el que es difícil imaginar la posibilidad de utilizarlo para eludir responsabilidades de ninguna naturaleza[32].

Lo realmente preocupante es que el art. 130, núm. 2, del CP no haga distinción alguna entre los supuestos de sucesión fraudulenta y los que, únicamente, obedecen a operaciones mercantiles exentas de toda perversión. Ello puede dar lugar a que la transferencia de responsabilidades penales, o civiles *ex delicto*, sea aplicada con demasiada amplitud, generando situaciones de dudosa legalidad[33]. Porque la única *concesión correctora* que, al respecto, ha introducido el legislador del CP —si bien no se sabe si es peor el remedio que la enfermedad— es la potestad que confiere al Juez de «moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella». Como señala Sánchez Vera, esta previsión denota la falta de comodidad del legislador con la configuración del traslado de responsabilidades, a la par que resulta perturbadora en tanto en cuanto parece admitir la responsabilidad objetiva siempre que esté sujeta a moderación[34].

La cuestión nuclear del problema es que no es ajustado a derecho atribuir responsabilidades, de manera directa y sin que concurra elemento subjetivo

---

32 Porque la liquidación provoca el cese de los administradores en la representación para hacer nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones, asumiendo los liquidadores las funciones de suscribir, en unión de los administradores, el inventario y balance de la sociedad al tiempo de comenzar sus funciones con referencia al día en que se inicie la liquidación; llevar y custodiar los libros y correspondencia de la sociedad, y velar por la integridad de su patrimonio; realizar aquellas operaciones comerciales pendientes y las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad; enajenar los bienes sociales; percibir los créditos y los dividendos pasivos acordados al tiempo de iniciarse la liquidación; pagar a los acreedores y a los socios ateniéndose a las normas que se establecen en la ley; y ostentar la representación de la sociedad para el cumplimiento de los indicados fines. Además, los liquidadores son responsables ante los accionistas y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado por fraude o negligencia grave en el desempeño de su cargo.

33 Como señala Mapelli Caffarena, B., en Gómez Tomillo, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Valladolid, 2011, la ubicación sistemática del art. 130, núm. 2, del CP "es de dudosa oportunidad" y su redacción es "tan abstracta, como ambigua y corrobora la precipitación y generalidad con que se han abordado los problemas derivados de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", contemplando "una especie de prorrateo de las penas impuestas a aquellas [las personas jurídicas] cuando... hayan sufrido algún proceso de transformación".

34 Sánchez-Vera, J., en Ayala Gómez, I. y Ortiz de Urbina, I. (coords.): *Memento Penal Económico y de la Empresa*, Madrid, 2016, pág. 197.

alguno, a una persona jurídica determinada por un delito que ha cometido una persona jurídica distinta, por más que esta última quede, finalmente, integrada en aquella. Si a las personas jurídicas les asisten los mismos derechos y garantías que amparan a las personas físicas, la transferencia de responsabilidades, en términos *objetivos*, supone una clara vulneración del principio de culpabilidad (STC 59/2008, de 14 de mayo).

Hay que aceptar la hipótesis de que el descubrimiento de la comisión del delito, o el inicio de la acción penal, tenga lugar con posterioridad a la realización de algunas de las operaciones que recoge el art. 130, núm. 2, del CP, de modo que no haya sido posible tener un conocimiento anterior de la perpetración del ilícito penal. Igualmente, ha de tenerse presente que, en el orden penal, no existe la posibilidad —a diferencia de lo que ocurre en el ámbito tributario— de que un tercero solicite, a alguna autoridad, que se expida una certificación en la que consten las causas penales que tiene abiertas una determinada persona.

Aun en el mejor de los casos, cuando pueda probarse que la entidad sucesora conocía, o pudo haber conocido de manera razonable, que la persona jurídica sucedida había cometido un delito, seguiría sin satisfacerse la exigencia de culpabilidad de aquélla, en la comisión de tal delito, al no haberse contribuido, en modo alguno, a su ejecución. Por tanto, sería discutible la transferencia directa de responsabilidades.

Al margen de lo anterior, atendiendo a la responsabilidad civil derivada de delito, debemos apuntar que, en un procedimiento penal, no se puede ser perjudicado sin haber sufrido perjuicio, y no se puede ser responsable civil, directo o subsidiario, sin haber generado riesgo alguno (bien porque se haya propiciado, bien porque se haya permitido la actividad presuntamente delictiva del responsable penal principal) o sin haberse beneficiado, directa o indirectamente, del hecho delictivo. De este modo, una aplicación desmedida de la transmisión de responsabilidades civiles en los supuestos de sucesión de empresas, aparte de contravenir los requisitos de aplicación de la responsabilidad civil *ex delicto,* en poco se diferencia del inverosímil supuesto de que una empresa tenga que responder civilmente por los delitos que cometieron sus trabajadores con anterioridad a que los mismos fuesen contratados.

En conclusión, pues, la aplicación del art. 130, núm. 2, del CP, y la consiguiente transferencia de la responsabilidad penal, o civil derivada de delito, solo puede operar en aquellos supuestos de fraude, es decir, aquellos en los que la operación societaria se realiza con el objetivo de eludir las responsabilidades penales o civiles derivadas del delito de la empresa sucedida, en los que sea posible afirmar la concurrencia de los elementos subjetivos pertinentes en la persona jurídica que responda en última instancia. Sería una figura asimilada al encubrimiento punible. Porque, pese a que el texto de la Ley no impide, en sentido literal, la aplicación de la transferencia de responsabilidades a supuestos distintos de los estrictamente elusivos, tal aplicación entraría en confrontación directa con principios elementales del Derecho penal.

Cuestión problemática será decidir si la transferencia de responsabilidad opera solamente en los casos de concurrencia o encubrimiento doloso de la empresa sucesora o, también, de concurrencia imprudente, supuesto este último que, entendemos, discutible que se debiera incluir.

Este es uno de los ámbitos que más exigirían atención de la jurisprudencia del TS, porque no ha habido más que pronunciamientos tangenciales. Así, por ejemplo, la STS 530/2019, de 31 de octubre (FJ 20), se limita a señalar que *"la mención del art. 130.2 CP debe referirse a todos los supuestos de la Ley 3/2009. Con ello, el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluso, no solo en materia de responsabilidad civil pretende, lo que es clave en el tema que tratamos, y es que se huya de que en un supuesto de transformación societaria se busquen mecanismos para 'escapar' de un régimen de imposición de penas a la empresa que se transmite, para que la adquirente asuma activo, pasivo y hasta 'la pena' impuesta en el régimen de responsabilidad penal ex art. 31 bis CP.*

Si no se produjera la transmisión de la responsabilidad penal y civil en los supuestos de modificación estructural de las sociedades mercantiles podrían admitirse supuestos de fraude en estas transmisiones para dejar sin cumplir la pena, o escapar de los regímenes de la responsabilidad subsidiaria del art. 120 CP en la modalidad de los n.º 2 o 3 CP, dejando a las víctimas y perjudicados sin percibir sus indemnizaciones ante una transmisión societaria de transformación de su estructura y denominación social.

La propia Circular de la FGE 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010 señala sobre este punto que 'El precepto trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión'.

Con ello, vemos que existe un régimen de evitación de la extinción de la responsabilidad penal y civil en supuestos de reordenación empresarial y transmisión de activos y pasivos, en cuanto se asume por el adquirente el activo y el pasivo con la contraprestación que se haya pactado en el contrato de cualquiera de las modalidades del art. 1 de la Ley 3/2009, y entre ellas la de cesión prevista en los arts. 81 y ss. Ley 3/2009. Y, en cualquier caso, las vicisitudes que operen entre cedente y cesionario no perjudicarían a la responsabilidad civil subsidiaria del art. 120 CP por delito cometido por empleado de entidad bancaria del cedente, ya que se transmite a quien asume el activo y el pasivo sin exclusión posible" (en sentido similar y muy suciento, STS 109/2020, 11 de marzo, FJ 9).

Con razón ha puesto de manifiesto González Gugel[35] que no se sabe muy bien si la valoración del TS es la de una norma antifraude o de un supuesto de responsabilidad objetiva, porque hay una cierta contradicción en los argumentos.

35 González Gugel, J.: "Traslado de la responsabilidad penal...", en *ob. cit.*, págs. 363–364.

Boletín del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (4ª Época)

Nº 3 / Septiembre, 2026
pp. 69–100

Borja Almodóvar Puig

Profesor Colaborador de Derecho penal. ICADE
Director de Cumplimiento. Riesgos corporativos, mercados e integridad. Caixabank

¿EXISTE UN GARANTE DEL MODELO PENAL DE LA EMPRESA? LÍMITES EFECTIVOS A LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DEL COMPLIANCE OFFICER

RESUMEN:

La progresiva expansión de las funciones de cumplimiento normativo dentro de las organizaciones está viniendo acompañada de una preocupación cada vez más recurrente entre quienes desempeñan dichas funciones: hasta qué punto la responsabilidad derivada de la comisión de delitos en el seno de la empresa puede proyectarse también sobre el propio *Compliance Officer*.

Partiendo de esta problemática, el presente trabajo analiza los distintos títulos de imputación que podrían fundamentar una eventual responsabilidad criminal del *Compliance Officer*. En primer lugar, los supuestos de responsabilidad por actos propios, atendiendo a las categorías de autoría, coautoría, participación y dominio del hecho en el contexto de estructuras empresariales complejas. En segundo término, las particularidades que presentan las decisiones adoptadas en órganos colegiados y la relevancia penal que pueden adquirir el voto, la abstención, la delegación o la omisión de actuación en dichos procesos. Finalmente, el trabajo aborda la cuestión central relativa a la posible condición de garante del *Compliance Officer*, analizando los presupuestos de la comisión por omisión, los límites derivados de su ámbito competencial, la delimitación entre los considerados por la doctrina como garantes primarios y complementarios y la distribución organizativa del control del riesgo.

Desde esta perspectiva, este trabajo pretende sistematizar los principales problemas dogmáticos que suscita la eventual responsabilidad penal del responsable de cumplimiento en el marco de las organizaciones empresariales.

Palabras clave:

Compliance Officer; responsabilidad penal de la persona jurídica; autoría; participación; posición de garante; comisión por omisión; dominio funcional del hecho.

ABSTRACT:

The progressive expansion of compliance functions within organizations has been accompanied by a growing concern among those entrusted with such responsibilities: the extent to which liability arising from criminal offences committed within the company may also be attributed to the Compliance Officer.

Against this backdrop, the present article examines the various grounds of attribution that could support the imposition of individual criminal liability on the Compliance Officer. First, it analyses situations involving liability for one's own conduct, with particular attention to the concepts of perpetration, co-perpetration, participation, and control over the act within the context of complex corporate structures. Second, it addresses the specific issues raised

by decisions adopted within collegiate bodies and the criminal significance that voting, abstention, delegation, or failure to act may acquire in such decision-making processes. Finally, the article explores the central question of whether the Compliance Officer may be regarded as a guarantor, examining the requirements of liability for omission, the limits deriving from the scope of the officer's powers and responsibilities, the distinction between what legal scholarship has described as primary and secondary guarantors and the organizational allocation of risk-control functions.

From this perspective, the study seeks to systematize the principal doctrinal issues raised by the potential criminal liability of the Compliance Officer within the framework of business organizations.

Keywords:

Compliance Officer; corporate criminal liability; perpetration; participation; guarantor position; liability by omission; joint perpetration; functional control over the act.

SUMARIO:

1. LA PROGRESIVA EXPANSIÓN DE LA FUNCIÓN DE COMPLIANCE Y SUS IMPLICACIONES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL. 2. RESPONSABILIDAD DEL COMPLIANCE OFFICER POR ACTOS PROPIOS Y DOMINIO DEL HECHO. 2.1. Autoría directa y dominio funcional del hecho. 2.2. Atribución de responsabilidad al Compliance Officer en estructuras colegiadas. 3. RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN: EL COMPLIANCE OFFICER COMO PRETENDIDO GARANTE DE LA ORGANIZACIÓN. 3.1. Hacia una concepción restrictiva de la responsabilidad penal del *Compliance Officer*. 3.2. Presupuestos y supuestos de la responsabilidad por omisión del *Compliance Officer*. 3.3. De la necesaria consideración del elemento subjetivo en una eventual atribución de responsabilidad al *Compliance Officer*. 4. CONCLUSIONES.

Abreviaturas:

CP:	Código Penal
CNMC:	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
DPO:	Data Protection Officer
EBA:	European Banking Authority
LO:	Ley Orgánica
LOPDGDD:	Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
MiFID I:	Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros
MiFID II:	Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros
RGPD:	Reglamento General de Protección de Datos
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
UE:	Unión Europea

1. LA PROGRESIVA EXPANSIÓN DE LA FUNCIÓN DE COMPLIANCE Y SUS IMPLICACIONES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Sabido es que la figura del *Compliance Officer* adquiere relevancia penal en el ordenamiento jurídico español a partir de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante la LO 5/2010 y su posterior reformulación por la LO 1/2015. En efecto, aunque en determinados sectores especialmente regulados, como el financiero[1] o el farmacéutico[2], se trataba ya de una posición previamente consolidada, es a partir de dichas reformas cuando su presencia se proyecta de forma transversal sobre el conjunto del tejido empresarial. Y si bien la regulación penal apenas ha experimentado modificaciones relevantes desde entonces en lo que respecta al compliance penal y al diseño de los modelos de prevención, tanto la consolidación natural de

---

1 En el ámbito financiero, la configuración moderna de la función de compliance presenta un desarrollo temprano en los Estados Unidos, especialmente a partir de la *Bank Secrecy Act* de 1970. En el contexto europeo, y de manera más reciente, destacan las Directivas MiFID I 2004/39/CE y MiFID II 2014/65/UE, que refuerzan la formalización de la función de cumplimiento dentro de la organización, imponiendo independencia, separación de funciones críticas y reporting definidos, lo que ha llevado a estructurar claramente las responsabilidades en materia de control interno, auditoría, gestión de riesgos y compliance. En el ordenamiento español, mediante el Real Decreto 217/2008, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, se obliga de manera explícita a la creación de unidades de cumplimiento normativo, positivizando así la figura del *Compliance Officer*. No obstante, debe destacarse que, incluso antes de esta positivización normativa, muchas entidades financieras ya contaban con departamentos internos especializados en cumplimiento, impulsados tanto por la presión regulatoria internacional como por la necesidad de prevenir riesgos reputacionales, sancionadores y operativos inherentes a su actividad.

2 Desde los años sesenta, en los Estados Unidos, a través de la aprobación de las *Good Manufacturing Practices* (GMP) en 1963, impulsadas por la *Food and Drug Administration* (FDA), si bien su origen normativo se remonta a etapas anteriores, particularmente a la *Pure Food and Drugs Act* de 1906, *la Federal Food, Drug, and Cosmetic Act* de 1938 y, de forma decisiva, a las *Kefauver–Harris Amendments* de 1962, que introdujeron la exigencia de acreditación de la eficacia clínica de los medicamentos. En Europa, este desarrollo se produce principalmente a partir de los años noventa, mediante la consolidación de la normativa europea de farmacovigilancia y, especialmente, a través del Código EFPIA (*European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations*), primer código europeo unificado de autorregulación farmacéutica aprobado en 1991, centrado en la promoción de medicamentos, las relaciones con los profesionales sanitarios, la publicidad ética, la transparencia y las buenas prácticas comerciales. Aunque en esta fase aún no existía formalmente la figura del *Compliance Officer*, es en este contexto donde comienzan a definirse con claridad las responsabilidades específicas en materia de cumplimiento regulatorio, farmacovigilancia y calidad farmacéutica, configurándose así los pilares estructurales del compliance farmacéutico moderno.

dicha figura como diversas normas administrativas y sectoriales han fortalecido progresivamente el papel de las funciones de cumplimiento, impulsando su participación en procesos clave de las organizaciones. Así, resulta cada vez más habitual, e incluso exigido en determinados ámbitos regulatorios, que el *Compliance Officer* intervenga en aspectos tales como el diseño y aprobación de nuevos productos,[3] la contratación de terceros[4] o participando como miembro activo en órganos y comités con capacidad de generar exposiciones relevantes desde una perspectiva regulatoria, reputacional o de conducta, por poner algunos ejemplos. Esta evolución evidencia que la función de cumplimiento poco a poco se va asentando y tomando mayor protagonismo en la toma de decisiones corporativas.

Esta mayor integración reaviva una cuestión que acompaña a la institución desde sus orígenes: ¿en qué supuestos o hasta qué punto podría llegar a responder criminalmente el *Compliance Officer* por los delitos cometidos en el seno de la organización? La cuestión central consiste, por tanto, en determinar si una eventual responsabilidad penal corporativa derivada de la ausencia o ineficacia del modelo de cumplimiento alcanza exclusivamente a la persona jurídica o si, por el contrario, puede extenderse al *Compliance Officer* en atención a las concretas funciones de supervisión, diseño, implementación o mantenimiento del modelo que le hayan sido efectivamente atribuidas.[5]

---

3 Un ejemplo de este enfoque puede encontrarse en el ámbito financiero. Diversos marcos regulatorios y estándares internacionales parten de la premisa de que las funciones de control deben participar de forma temprana en aquellos procesos que generan riesgos relevantes de cumplimiento. Así, las Directrices de la EBA sobre gobernanza de productos (EBA/GL/2015/18) y sobre gobierno interno (EBA/GL/2021/05) prevén la intervención de las funciones de control en los procesos de aprobación de nuevos productos y cambios significativos, con el fin de identificar y evaluar de forma preventiva los riesgos regulatorios y de conducta asociados. En este contexto, la participación de Compliance no responde al ejercicio de funciones de negocio ni a la toma de decisiones comerciales, sino a su condición de segunda línea de defensa, aportando asesoramiento especializado, identificando riesgos de cumplimiento y supervisando que los procesos se desarrollen de conformidad con el marco normativo aplicable. Este mismo principio puede observarse en otros ámbitos regulatorios, como la gestión de riesgos asociados a terceros, la sostenibilidad, la corrupción o la protección de datos.

4 De forma similar, la Directiva (UE) 2024/1760 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad exige a determinadas entidades el establecimiento de procedimientos de identificación, evaluación, prevención, mitigación y seguimiento de impactos adversos en derechos humanos y medioambiente a lo largo de su cadena de actividades, incluida la supervisión de proveedores, contratistas y otros socios comerciales. Ello evidencia cómo la función de cumplimiento y control trasciende ya el ámbito estrictamente penal para proyectarse sobre riesgos regulatorios de muy diversa naturaleza.

5 No en vano, para DEL ROSAL BLASCO, B., *Responsabilidad penal de las personas*

La respuesta a dicha pregunta dista de ser sencilla, pero puede ordenarse alrededor de dos grandes vías de imputación. En primer lugar, por actos propios o por la participación activa del *Compliance Officer* en un hecho delictivo, ya sea mediante su ejecución directa, su intervención en un órgano colegiado, la emisión de instrucciones, la validación consciente de una operación o cualquier otra aportación relevante al hecho ajeno. En segundo lugar, por omisión, cuando el delito es cometido por otra persona o área de la organización y el *Compliance Officer*, pese a encontrarse jurídicamente obligado y materialmente facultado para actuar, no haga lo procedente para evitarlo. En el primer caso operan las reglas generales de autoría y participación; en el segundo, la posición de garante y los presupuestos del artículo 11 CP.

Esta distinción será la que ordene el análisis que vamos a llevar a cabo a lo largo de las siguientes páginas. De tal modo que, en la primera parte procederemos a analizar una eventual responsabilidad penal derivada de conductas activas propias y de las distintas formas de participación en hechos ajenos, incluidas las que se producen en órganos colegiados, para, posteriormente, examinar de forma separada la eventual responsabilidad por omisión y el alcance de la posición de garante que pudiera derivarse de la función de cumplimiento.

2. RESPONSABILIDAD DEL COMPLIANCE OFFICER POR ACTOS PROPIOS Y DOMINIO DEL HECHO

2.1. Autoría directa y dominio funcional del hecho

Indudablemente estamos aquí ante el supuesto de hecho más fácil de identificar y frente al que perfectamente podemos acudir a reglas ya aplicadas, entre otros, en el ámbito empresarial respecto de cualesquiera otros directivos. El problema, no obstante, es que incluso en el ámbito de las conductas activas la determinación de la autoría —y por ende, eventualmente, de la responsabilidad penal— en los modelos organizativos de las personas jurídicas plantea importantes problemas prácticos. Si ya en no pocas ocasiones resulta complicado identificar la autoría o la coautoría, o distinguirlas de

---

jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención, en *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (Dir. MORILLAS CUEVA), Dykinson, Madrid, 2015, pág. 121, su función consiste en supervisar en primera instancia todo el modelo en los términos previstos por el apartado 5 de ese mismo precepto, a saber: identificación y evaluación de riesgos penales; existencia de protocolos, procedimientos y controles adecuados para mitigarlos; recursos financieros; canal de denuncias; aplicación del sistema disciplinario; verificación periódica. Ello, no obstante, es importante un adecuado flujo de comunicación entre áreas, así como aportar información detallada sobre incidencias y riesgos concretos.

otras formas de participación[6] cuando hablamos de delitos cometidos entre personas físicas, tantas o más dificultadas nos encontramos en los entornos corporativos.[7] Y es que, a diferencia de las personas físicas, o cuando menos de forma mucho más recurrente, las organizaciones suelen operar a través de complejos contextos, tales como entornos de grandes direcciones o departamentos con diversos modelos de responsabilidad, mediante la ejecución de tareas compartidas entre distintas áreas o responsables, a través de órganos o comités internos, mediante agentes y representantes, etc. Es por ello que, identificar al autor o autores de una conducta delictiva suele ser arduo, y requiere analizar siempre desde una perspectiva *ex ante* quién tomó la decisión, quién la instigo o quién la ejecutó.[8]

En la actualidad, cuando hablamos de responsabilidad individual, uno de los criterios más consolidados desde hace décadas en la doctrina y la jurisprudencia para determinar la autoría es el del *dominio del hecho*, y en particular, el *dominio funcional del hecho*[9], de tal modo que será considerado autor a aquél que tenga el control funcional sobre la conducta típica y pueda decidir sobre su realización o interrupción. La teoría del dominio del hecho constituye, en efecto, un criterio central en la atribución de autoría penal, especialmente en contextos intrincados como el de las personas jurídicas.

Esta construcción, no pensada en inicio para estos entornos, y desarrollada principalmente en la dogmática penal alemana —primero con autores como *Wezel* o *Gallas*, y más adelante, fundamentalmente, con *Roxin*—, sostiene que es autor quien ostenta el dominio del curso causal del delito, esto

---

6 Sobre los distintos criterios a considerar desde el punto de vista jurisprudencial, vid., entre otras SSTS 699/2005, de 6 de junio, 371/2006, de 27 de marzo ó 106/2009, de 4 de febrero, entre otras tantas.

7 Para PORRES ORTIZ DE URBINA, E., *La responsabilidad penal de los directivos de empresa*, Revista de jurisprudencia, abril de 2020, en efecto, la imputación de autoría es una materia dogmática especialmente vidriosa porque, de un lado, está estrechamente relacionada con otros conceptos de singular complejidad como la relación de causalidad y la imputación objetiva; de otro lado, porque nuestro Código penal tiene una definición de autoría muy vinculada a una concepción individualista del autor, lo que dificulta la búsqueda de soluciones en delitos cometidos de forma colectiva o en el seno de organizaciones.

8 Así como si, desde el punto de vista de la persona jurídica, existía una política o cultura organizativa que favoreciera la comisión del hecho. *Vid.* NIETO, A. *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal,* en *Compliance y teoría del Derecho penal* (Eds. KUHLEN, L, MONTIEL, J. P., ORTIZ DE URBINA JIMENO, I.), Marcial Pons, 2013, Madrid, pp. 21 y ss., para quien una cultura de cumplimiento no resultará creíble cuando resulten implicados administradores o altos directivos de la compañía.

9 En efecto, este instrumento viene siendo recurrentemente utilizado por el Tribunal Supremo en infinidad de resoluciones, siendo expresivas algunas de las más antiguas las de las de 12 de febrero de 1986, 24 de marzo de 1986, 15 de julio de 1988, 8 de febrero de 1991 ó 4 de octubre de 1994.

es, quien tiene el control final sobre su realización a través de la acción, la voluntad y, en definitiva, el dominio funcional. Dicho en términos prácticos, será autor quien, en primera instancia, lleve a cabo personalmente la acción típica; pero también quien tenga la capacidad de gobernar la acción, bien por su conocimiento, bien por su capacidad de dirección y control; o incluso la capacidad de utilizar a sus subordinados como ejecutores de la acción ilícita. Cuando el reproche se funde, no en una aportación activa, sino en la falta de una actuación debida, la eventual autoría no podrá deducirse directamente de este criterio, sino que exigirá acreditar previamente una posición de garante y los presupuestos de la comisión por omisión que analizaremos en la segunda parte de este trabajo.

Aplicado al ámbito empresarial, esta teoría permite diferenciar responsabilidades criminales entre los directivos o responsables distinguiendo entre quienes (a) ejecutan materialmente la acción típica por su propia mano —autoría directa[10]—; (b) por participar favoreciendo, cooperando ejecutivamente o contribuyendo de algún modo a la acción delictiva; (c) en casos sin duda excepcionales, quizás en estructuras muy jerarquizadas, por servirse de otro como instrumento —autoría mediata[11]—, al disponer de la capacidad efectiva para ordenar la acción; o incluso cuando (d) su participación se "limita" a aconsejar o proporcionar de algún modo los medios para su comisión —complicidad[12]—. Característica esencial del autor directo es, de

---

10 Para QUINTERO OLIVARES, G., *La crisis de la configuración individualista de la teoría de la participación. La entrada de entes y grupos.*, Cuadernos Digitales de Formación, N.º 36, 2009, Ed. CGPJ, ya el concepto de autoría es algo complicado de determinar, pues el art. 28 es tan amplio que podríamos incluso plantearnos la orden de cometer un delito por el administrador, que posteriormente ejecutan sus subordinados, no es en sí misma ya parte del hecho y, por tanto, de la propia autoría.

11 *Vid.* ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (trad. CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.) Marcial Pons, Madrid, 2016, pág. 240, para quien la autoría mediata puede presentarse, en el marco de estructuras o maquinarias de poder organizadas, y al margen de la coacción y el error, por una tercera vía a través de la fungibilidad del autor: *"puede forzarse al agente; puede utilizársele como factor causal ciego con respecto con respecto a la circunstancia decisiva para la autoría; o el ejecutor tiene que ser, si no está coaccionado ni engañado, cambiable a voluntad."*. Tesis ésta no exenta de crítica, en la medida en que, según la literalidad del art. 28 CP, el autor mediato *"actúa por medio de otro del que se sirve como instrumento"*, la persona utilizada sería irresponsable, bien porque actúa sin dolo, porque actúa por error, o porque es inimputable, siendo ésta una situación que no concurre en los delitos corporativos porque el autor material, a salvo de casos excepcionales de error, actúa dolosamente.

12 ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, *op. cit.*, pág. 243: *"Cabe afirmar, pues, en general, que quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de una manera tal que puede impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde, si utiliza sus atribuciones para que se cometan acciones punibles. (...) Naturalmente, no se quiere*

este modo, el dominio del hecho, en tanto dirige su acción a la realización del tipo penal. La coautoría, por su parte, presupone que varias personas, de común acuerdo, participan en la ejecución del hecho típico, lo que exige, de un lado, una decisión conjunta —elemento subjetivo— y, de otro, un dominio funcional del hecho con una aportación relevante en la fase ejecutiva —elemento objetivo—.[13] La diferencia entre coautoría y participación viene marcada por el carácter no subordinado de la aportación: será autor quien dirija su acción a la realización del tipo con dominio de la acción, dominio que será funcional cuando exista división de tareas entre los intervinientes, siempre que todos conserven ese control característico de la autoría.[14]

En lo que se refiere a los directivos —y por definición, todo *Compliance Officer* de una organización empresarial es un directivo—, su eventual responsabilidad penal no se deriva de la mera pertenencia al órgano de dirección o de una determinada posición jerárquica en el organigrama, sino de su concreta intervención en el hecho. De este modo, el *Compliance Officer* podrá responder como autor —por dominio del hecho— en primer lugar, cuando realiza directamente la conducta típica, esto es, en supuestos de autoría directa, en los que su intervención no se canaliza a través de funciones de supervisión, sino mediante la ejecución personal del injusto (*v. gr*, si soborna a un supervisor para evitar la imposición de una sanción administrativa —piénsese en un funcionario de la CNMC en el contexto de un expediente sancionador por vulneración de la competencia—). En estos casos, su condición de responsable de cumplimiento resulta de hecho jurídicamente irrelevante a efectos del título de imputación, pues responde como cualquier otro sujeto que realiza el tipo penal.

Junto a estos supuestos, podrá también apreciarse autoría —por dominio funcional del hecho— cuando, sin ejecutar materialmente la conducta típica, éste intervenga de forma decisiva en la configuración o viabilidad del esquema ilícito, siempre que disponga de una capacidad real de intervención impeditiva o de veto sobre la operación y, pese a ello, contribuya a su realización (*v. gr.*, cuando valida artificiosamente una operación de riesgo como "conforme" a efectos de permitir su ejecución, cuando bloquea o neutraliza

---

decir que en los delitos cometidos el marco de poder organizadas no quepa la complicidad. Cualquier actividad que no impulse autónomamente el movimiento de la maquinaria más bien sólo puede fundamentar la participación. Aquel que simplemente interviene aconsejando, quien si poner mando proyecta planes de exterminio [en análisis del autor es sobre los procesos de Núremberg y el exterminio de los judíos], quien proyecta medios para asesinar... son por lo general únicamente cómplices, al igual que el delator que se encuentra fuera de la maquinaria sólo es inductor, porque si acaso puede provocar la decisión de cometer delitos y carece de influencia sobre la evolución ulterior de los acontecimientos."

13 STS de 27 de septiembre de 2000.

14 STS 778/2014, 13 de octubre.

objeciones internas que habrían impedido la operación —piénsese en el archivo artificial de una denuncia para impedir una investigación con indicios delictivos—, o cuando utiliza su posición para dotar de cobertura formal a prácticas ilícitas cuya continuación depende de su aprobación o no oposición efectiva). En estos supuestos, su aportación deja de ser meramente accesoria o consultiva y se integra funcionalmente en el *iter* delictivo, en la medida en que la ejecución del hecho depende, en términos relevantes, de su decisión o aquiescencia cualificada.

Por el contrario, y como ya sucediera con la posición de cualquier otro directivo, la mera pertenencia del *Compliance Officer* al sistema de cumplimiento o su conocimiento abstracto del riesgo no permiten, por sí solos, afirmar una posición de autoría, en la medida en que, con carácter general, carece de facultades decisorias directas sobre la ejecución de las operaciones de negocio. Sólo cuando su intervención trascienda ese plano y se proyecte de forma efectiva sobre la realización del hecho, mediante una aportación esencial o un control funcional del curso de la acción, podrá apreciarse el correspondiente dominio del hecho. La clave, por tanto, no reside en el mero conocimiento, sino en la combinación entre conocimiento y competencia efectiva, esto es, en si el sujeto disponía de información y capacidad real de influir de manera decisiva en la realización del hecho dentro de su esfera funcional. Esta atribución requiere identificar las funciones efectivas —no sólo el organigrama formal—, el acceso a información relevante, la capacidad de incidencia en los procesos decisorios y, sobre todo, el nexo funcional entre su actuación concreta y el riesgo típico. De tal modo que sólo allí donde el *Compliance Officer* deje de actuar como instancia de control y pase a convertirse en un punto de validación imprescindible del esquema ilícito, su conducta se desplazará desde la neutralidad institucional hacia una imputación penal por actos propios estructuralmente defendible.

Comoquiera que el dominio del hecho, pese a su consolidación doctrinal y jurisprudencial, sigue siendo un concepto jurídico indeterminado que debe concretarse a la luz de las circunstancias de cada caso, tanto doctrina como jurisprudencia han ido perfilando una serie de criterios que permiten respaldar una valoración casuística de la posición de dominio frente a la mera titularidad formal de un cargo dentro de la organización. Las fórmulas de dominio comúnmente conocidas y analizadas para determinar la autoría o la coautoría son, originariamente: casos en los que el autor tiene dominio o influencia determinante del transcurso y resultado de la acción, de forma tan intensa que existe un dominio del curso del acontecer; casos en los que éste tiene capacidad de que concluya dicho resultado, o de impedirlo, bien por no cumplir la parte que le corresponde, bien por medio de alguna acción que anule el plan delictivo o lo haga fracasar; posibilidad de dar un giro, o de terciar, para cambiar el resultado; o por tener en definitiva, subjetiva y objeti-

vamente, un general dominio sobre el hecho.[15] Obviamente, estos elementos únicamente pueden ser tomados en cuenta como indicios para determinar la relación interna de esos posibles autores o coautores con el hecho y, más importante, con su capacidad real para dominar el curso del acontecer y su dependencia de su propia voluntad en el transcurso y resultado del hecho. No obstante llevadas a la práctica empresarial, estas fórmulas bien pueden extrapolarse o traducirse conforme a los siguientes criterios:

a) Estructurales. Tomando como referencia elementos tales como: (i) la posición jerárquica y funciones asignadas —debiendo examinarse el cargo material, no sólo formal que ocupa el directivo (el *Compliance Officer*, en nuestro caso) y las competencias estatutarias o contractuales que le corresponden, así como que a mayor ubicación en la escala jerárquica y mayor amplitud de funciones, mayor será la probabilidad de que ostente un poder de configuración relevante sobre el curso de los acontecimientos[16]—; (ii) el control, real y efectivo, de

---

15 Sobre todo ello, así como de las posibles críticas y matizaciones a realizar sobre cada una de las fórmulas, vid. Ampliamente, *vid.* ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, *op. cit.*, págs. 300 y ss.

16 En materia de atribución de autoría y distinción entre autor y partícipe, nuestro Tribunal Supremo a través de sentencias como la 292/2021, de 8 de abril, recuerda que la coautoría exige un dominio funcional del hecho y una contribución decisiva a la realización del delito, diferenciándola de la mera cooperación accesoria. *Vid.* también SSTS 403/2023, 25 de mayo, 76/2013, 31 de enero, 434/2007, 16 de mayo y 850/2007, 18 de octubre, que precisamente reconocen que *"(...) el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud de lo que se ha llamado el reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización"*. En el mismo sentido, la STS de 24 de julio de 2017 establece que: *"(...) la doctrina de la coautoría por dominio del hecho considera que no es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos materiales integradores del núcleo del tipo. En consecuencia, a través del desarrollo del "pactum sceleris" y del co-dominio funcional del hecho cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones no integrantes del núcleo del tipo, que sin embargo contribuyen de forma decisiva a su ejecución"*. Cada coautor, sobre la base de un acuerdo, previo o simultaneo, expreso o tácito, tiene el dominio funcional, que es una consecuencia de la actividad que aporta en la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho al mismo tiempo y conjuntamente con los demás coautores. Su aportación a la fase de ejecución del delito es de tal naturaleza, según el plan seguido en el hecho concreto, que resulta imprescindible. Deben, por el contrario, excluirse de la coautoría los actos realizados en la fase de preparación del delito y aquellos que se ejecutan cuando este ya se haya consumado. Según la teoría del dominio del hecho, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aun no reproduciéndolo, tengan el domino funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca. A este respecto, se afirma que entre los coautores se produce un vínculo de solidaridad que conlleva la imputación reciproca de las distintas contribuciones parciales; esto es, cada coautor es responsable de la tota-

medios materiales y humanos, esto es, la disponibilidad de recursos técnicos, económicos o personales necesarios para la ejecución del hecho constituye otro indicio significativo; o (iii) la delimitación de esferas de riesgo asumidas.

b) Decisionales. En este caso, la cuestión se empieza a complicar, pues más allá del plano teórico expuesto en el punto anterior, será necesario verificar elementos tales como: (i) la capacidad real de decisión o influencia que da lugar a la comisión del delito —esto es, deberá valorarse si el *Compliance Officer* disponía de un poder efectivo para adoptar decisiones determinantes en relación con el hecho investigado—; (ii) la participación activa o pasiva en la génesis del hecho —analizándose si el *Compliance Officer* intervino directa o indirectamente en la conducta delictiva, ya sea mediante la emisión de órdenes, la facilitación de medios o el diseño de estrategias—; o incluso (iii) la posibilidad efectiva de impedir o reconducir la conducta. Todos ellos elementos cruciales y en modo alguno fáciles de verificar, pues en muchos casos, no será ni mucho menos sencillo verificar si, en el seno de organizaciones complejas, un *Compliance Officer* tiene capacidad real, por sí mismo, de intervenir activamente la contratación de un agente que comete posteriormente un acto de corrupción, por ejemplo.

c) Cognitivos. Sin duda alguno, un elemento aún más difícil de verificar, por implicar un juicio de inferencia subjetivo para confirmar elementos tales como: (i) si el *Compliance Officer* era consciente de riesgos propios del ámbito competencial; o (ii) si contaba información suficiente para la evaluación del riesgo —no en vano, el dominio del hecho presupone un conocimiento razonable de las operaciones o dinámicas generadoras del riesgo—.

Como ya se ha expuesto, estos elementos deben ser analizados a efectos meramente indiciarios y siempre de forma conjunta y contextualizada para determinar, en cada caso concreto, la eventual condición de autor o coautor del *Compliance Officer* y valorar su actuación en el hecho delictivo investigado, evitando tanto imputaciones automáticas basadas exclusivamente en el cargo como exoneraciones apoyadas en una visión meramente formal de la organización.

La conclusión que podemos extraer, por tanto y más allá de reproches fundados en posiciones de garante que veremos más adelante, es que una eventual imputación del *Compliance Officer* como autor o coautor por dominio funcional del hecho debe quedar condicionada a la verificación de los requisitos expuestos. A modo de ejemplo, en un supuesto medioambiental

---

lidad del suceso y no solo de la parte asumida en la ejecución del plan conforme a un criterio de la distribución de funciones.

en el que una instalación industrial realiza vertidos contaminantes contraviniendo las condiciones de su autorización y generando un riesgo grave para el equilibrio de los sistemas naturales, la determinación de la autoría o participación de los distintos intervinientes dentro de la persona jurídica no puede basarse en automatismos ni en la mera adscripción a un departamento, sino que exige un análisis individualizado de los roles efectivamente desempeñados. El responsable operativo que ordena o mantiene los vertidos, controla el proceso productivo y dispone de capacidad para detenerlos podrá ostentar, en principio, una posición de autor si dirige su conducta a la realización del tipo. El análisis deberá extenderse igualmente a quienes, desde niveles superiores, hayan decidido conscientemente mantener la actividad contaminante, hayan impartido instrucciones determinantes o hayan asegurado los medios necesarios para su continuidad, pudiendo configurarse, según la concreta aportación, supuestos de coautoría, inducción o cooperación. En este contexto, el *Compliance Officer* podrá incurrir en responsabilidad penal como autor no por su posición en el sistema de cumplimiento, sino únicamente cuando su intervención trascienda la mera supervisión y se integre funcionalmente en el esquema ilícito. Así podría ocurrir, por ejemplo, si valida conscientemente como conforme una operación industrial respecto de la cual dispone de conocimientos e información técnica suficientes sobre la superación persistente de los límites de emisión, si neutraliza advertencias internas cuya consideración habría impedido la continuidad de los vertidos o si utiliza su posición para dotar de cobertura formal a la actividad contaminante, siempre que disponga de capacidad real de veto o de intervención impeditiva y su aportación resulte decisiva para la ejecución del plan. En tales supuestos, su actuación deja de ser accesoria o meramente consultiva y se convierte en una aportación esencial al dominio funcional del hecho.

Por el contrario, quedarán al margen de la autoría aquellos supuestos en los que la intervención no supere el plano meramente formal, consultivo o *ex post*, sin capacidad real de incidir decisivamente en la realización del hecho. También deberán excluirse a quienes carezcan de acceso relevante a la información o de control sobre los procesos en los que se materializa el riesgo delictivo, así como quienes se limiten a tareas ejecutivas o auxiliares, sin autonomía decisoria ni control sobre los medios.[17]

---

17 Sobre la aplicación de la teoría del dominio del hecho a casos y tipos penales concretos, así como las problemáticas doctrinales y jurisprudenciales y sus distintas formas de participación, *vid.*, nuevamente, ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, *op. cit.*, págs. 330 y ss. Cfr. STS 1179/1998, de 14 diciembre, que entiende que el actual art.28 CP, en la medida en que habla exclusivamente de *"realización conjunta del hecho"*, posibilita distinguir entre realización del hecho y actos ejecutivos, lo que a su vez permite considerar autor al que participa de forma sustancial pese a que no realice actos ejecutivos, situación en la que bien podría encontrarse el jefe que planifica y da la orden delictiva. Esta corriente jurispru-

2.2. Atribución de responsabilidad al Compliance Officer en estructuras colegiadas

Otra de las dificultades clásicas en la aplicación de los criterios de autoría en entornos corporativos se presenta cuando las decisiones son adoptadas colectivamente en órganos colegiados como el Consejo de Administración, Comités de Dirección o instancias especializadas, tales como otras comisiones, comités o grupos especializados de distinta naturaleza. Esta cuestión adquiere una especial relevancia en el caso que nos ocupa por una doble razón. En primer lugar, porque muchas organizaciones no optan por designar un responsable de cumplimiento único, sino por atribuir estas funciones a un órgano colegiado integrado por distintos directivos —como, entre otros y en función de los casos, los directores de asesoría jurídica, de recursos humanos, de finanzas, o el propio director de cumplimiento, en su caso—. No en vano, cuando el art. 31 bis.2. 2.ª CP permite confiar la supervisión del modelo a un órgano de la persona jurídica, está contemplando tanto estructuras unipersonales como colegiadas. En segundo lugar, porque el propio *Compliance Officer* suele formar parte de numerosos órganos internos de decisión o supervisión. En efecto, además de participar en los comités específicamente vinculados al cumplimiento —como los éticos o los propios de seguimiento y supervisión del modelo penal—, es frecuente su presencia en otros de naturaleza comercial, disciplinaria o de producto o negocio, así como en aquellos encargados de gestionar riesgos específicos, como los relacionados con la prevención del blanqueo de capitales o la privacidad.

En estos supuestos, como ya sucediera en el apartado anterior, el eje de la imputación no puede anudarse a la mera pertenencia al órgano ni a la participación formal en el proceso decisorio, sino a la aportación individual de cada interviniente. La decisión colegiada no constituye, por sí misma, el objeto de imputación, sino el contexto en el que deben reconstruirse las conductas de sus integrantes. De lo contrario, el Derecho penal corre el riesgo de desplazarse hacia un control *ex post* de decisiones empresariales complejas con criterios de corrección material, desdibujando los límites propios de la imputación penal.[18]

---

dencial admite en cambio sentencias en contrario, como la STS 170/2013, de 28 febrero, que exige, en la línea apuntada por ROXIN, en la autoría, además de una decisión conjunta, *"una aportación al hecho que puede valorarse como una acción esencial en la fase ejecutoria, que integre el elemento objetivo apreciable, aunque el coautor no realice la acción nuclear del tipo delictivo"*.

18 Peligro advertido expresamente por BACIGALUPO, E., *Compliance y Derecho penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 58 y ss., al alertar frente a la transformación del riesgo organizativo inevitable en un riesgo penal por acumulación, en detrimento del principio de culpabilidad.

Es por ello que todos estos escenarios exigen un análisis individualizado de la conducta y del conocimiento de cada miembro del órgano.[19] Y a partir de esta premisa, conviene distinguir dos planos: de un lado, aquellos supuestos en los que el miembro realiza una aportación positiva al proceso decisorio —mediante su voto, el impulso de la propuesta, su validación o cualquier otra intervención activa—, cuya eventual relevancia deberá examinarse conforme a las reglas de autoría y participación; y, de otro, aquellos en los que el reproche se funda en la falta de una actuación que se considera debida, cuyo análisis exige determinar previamente si el sujeto ocupaba una posición de garante respecto del riesgo concreto. A ambos dos nos referiremos a continuación.

a) Aportaciones activas a la decisión colegiada

Dentro de este primer grupo pueden distinguirse, a su vez, las siguientes situaciones.

a. *Participación activa mediante voto favorable a decisiones ejecutivas*. Se trata, sin duda, del supuesto más evidente de imputación. La emisión de un voto afirmativo constituye una forma directa de intervención en el proceso de formación de la voluntad del órgano y, por tanto, podría llegar a fundamentar responsabilidad penal cuando la decisión incorpore o asuma un riesgo jurídicamente desaprobado.

Ahora bien, tal afirmación admite excepciones o matizaciones, pues en defensa del *Compliance Officer* bien podríamos decir que, conforme a la doctrina de los actos neutrales, el mero hecho de votar no comporta, por sí mismo, relevancia penal Desde esta perspectiva, la neutralidad del acto se mantendrá cuando la decisión se adopte dentro de parámetros normales de diligencia y sin señales objetivas de riesgo, tal y como señala entre otras la STS 387/2014, de 9 de junio, en tanto en cuanto las acciones aparentemente neutras —como votar un acuerdo o firmar un contrato— no son típicas si se ajustan a los estándares de adecuación social, entran dentro del funcionamiento ordinario de los órganos societarios y no implican, por sí mismos y desde un inicio, un riesgo jurídicamente desaprobado. Esta neutralidad desaparece, en cambio, cuando el sujeto conoce que su conducta se inserta en un plan delictivo o cuando, por su forma o contexto, sólo puede entenderse como parte funcional del mismo. De ahí que el voto favorable a una contratación formalmente válida pero sustancialmente orientada a facilitar ilícitos pueda constituir participación dolosa si se acredita la conciencia del riesgo. Y es que no será lo mismo aprobar la contratación de un tercero sobre el que existen advertencias relevantes no mitigadas, que hacerlo en ausencia de cualquier indicio de riesgo. Dicha neutralidad desaparecerá, en definitiva, cuando el sujeto conozca que la decisión se inserta en un contexto de riesgo

19 Ampliamente, *vid.* BAJO, M./BACIGALUPO, S. *Derecho penal económico*, Madrid, Ramón Areces, 2010, págs. 119 y ss.

típicamente relevante o contribuye a su realización, integrándose funcionalmente en el hecho. Así ocurrirá, por ejemplo, cuando se aprueben operaciones con anomalías objetivas —comisiones desproporcionadas, ausencia de justificación económica o mercantil, opacidad en la ejecución, etc.— o con alertas internas no resueltas.

La clave radicará, por tanto, en un juicio *ex ante* sobre el riesgo y el conocimiento disponible, de tal modo no será el acto de votar lo relevante, en estos casos, sino la aportación o contribución consciente al riesgo.[20] Tal exigencia resultará especialmente intensa en delitos dolosos, de hecho, de modo que el riesgo jurídicamente desaprobado no surgirá del mero acto de votar, sino de votar con conocimiento suficiente de que esa decisión incrementa de forma relevante la probabilidad de realización del tipo —un acto de corrupción, según el ejemplo que hemos ido siguiendo en este caso—.

d. *Voto emitido una vez conformada la mayoría decisoria.* Cuando la mayoría necesaria para la adopción del acuerdo ya se ha alcanzado, el voto restante puede carecer de eficacia respecto de la formación formal de la voluntad del órgano, pero todavía puede operar, según el contexto, como manifestación de adhesión, refuerzo de la decisión o aportación a su posterior ejecución. De este modo, su relevancia deberá determinarse atendiendo al significado concreto de esa intervención y no únicamente a su falta de eficacia causal para conformar la mayoría.

e. *Delegación de voto.* La delegación puede constituir una aportación activa cuando el delegante orienta el sentido del voto, transmite instrucciones o utiliza este mecanismo para favorecer la adopción del acuerdo. En cambio, si el reproche consistirá en haberse desentendido de una decisión respecto de la cual subsistía un deber personal e indelegable de actuación, el supuesto deberá examinarse desde la posición de garante.

b) Conductas omisivas y eventual responsabilidad en posición de garante

Un segundo grupo comprende los supuestos en los que no se atribuye al miembro una contribución positiva al acuerdo, sino la omisión de una actuación que, atendidas sus funciones y facultades, se considera jurídica o normativamente exigible. En particular, deberán interpretarse desde la óptica de la garantía: (i) no emitir voto cuando exista un deber específico de pro-

20 Así, en relación con supuestos de blanqueo de capitales, la STS 688/2019, de 4 de marzo, exige *v. gr.* que el sujeto conozca que una conducta aparentemente neutral adquiere sentido delictivo por la muy probable utilización que el autor hará de la misma. Ello implica un conocimiento cualificado, basado en datos objetivos concurrentes en el momento de la actuación, que permita afirmar que el sujeto es consciente de que su conducta contribuye al plan delictivo. Sólo en ese contexto desaparece la neutralidad y se abre paso la imputación subjetiva, ya sea por dolo directo o eventual, quedando excluidas las meras hipótesis de culpa.

nunciarse; (ii) abstenerse cuando la abstención implique el incumplimiento de una actuación debida; (iii) no asistir a la sesión, especialmente cuando la ausencia sea deliberada o impida ejercer las funciones propias; (iv) no ejercer un derecho o facultad de voto disponible para impedir o dificultar el acuerdo; (v) no formular objeciones, reservas o advertencias frente a un riesgo conocido; (vi) no solicitar información, aclaraciones o la suspensión del proceso decisorio cuando ello forme parte de sus funciones; (vii) no ejercer facultades de veto, bloqueo o suspensión; (viii) no escalar la cuestión al órgano competente o a una instancia superior; (ix) no promover la convocatoria, reconsideración o revisión del acuerdo; (x) no dejar constancia de la oposición cuando dicha constancia sea funcionalmente necesaria para activar otros mecanismos de control; (xi) delegar el voto o la intervención cuando subsista un deber personal e indelegable de actuación; o (xii) no realizar el seguimiento posterior ni activar las medidas correctoras o impeditivas que se encuentren a su alcance.

Una vez más, la enumeración anterior no implica en modo alguno que estas conductas sean merecedoras de imputación penal de forma automática. A través de dicha relación, nos estamos limitando, por el momento, a identificar aquellos potenciales casos en los que, por fundarse el reproche en un no hacer, no resultan suficientes las reglas relativas al dominio del hecho ni la mera pertenencia al órgano. Siendo necesario verificar, además, si existía un deber jurídico específico de actuar respecto del riesgo, que el sujeto disponía de información y facultades reales para intervenir y que concurrían los restantes presupuestos de la comisión por omisión, conforme a los criterios que veremos a continuación.

En conclusión, ninguna de las formas de intervención examinadas —activa u omisiva— constituye por sí sola un título automático de imputación por el mero hecho de producirse en el seno de un órgano colegiado, sino que su relevancia habrá de determinarse a la luz de las circunstancias de cada caso, atendiendo a la concreta aportación del *Compliance Officer*, a su conocimiento, al significado de su conducta dentro del proceso decisorio y a la relación de ésta con el hecho delictivo. Ello no impide, naturalmente, que determinadas actuaciones positivas —como votar favorablemente, impulsar, validar o dotar de cobertura a una decisión ilícita— puedan fundamentar su responsabilidad penal cuando supongan una contribución consciente y penalmente relevante a la conducta delictiva promovida o ejecutada a través del órgano, de acuerdo con las reglas generales de autoría y participación. En cambio, cuando el reproche descanse en no votar, no asistir, abstenerse o no ejercer facultades de advertencia, escalado, veto o bloqueo, la eventual imputación no podrá derivarse de la mera pasividad, sino que exigirá acreditar una posición de garante propia y los restantes presupuestos de la comisión por omisión, que serán analizados en el apartado siguiente.

3. RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN: EL COMPLIANCE OFFICER COMO PRETENDIDO GARANTE DE LA ORGANIZACIÓN

3.1. Hacia una concepción restrictiva de la responsabilidad penal del Compliance Officer

Este grupo de supuestos a analizar a continuación es bien distinto, pues aquí nos encontramos ante casos en los que el delito será cometido por otra persona o área de la organización y la eventual responsabilidad del *Compliance Officer* se fundamenta en no haber actuado para evitarlo. La cuestión consistirá, por tanto, y en primer lugar, en determinar si ocupaba una posición de garante respecto del riesgo concreto y, por otro lado, si su omisión podía equipararse jurídicamente a la realización activa del hecho en los términos del artículo 11 CP. Estamos, sin duda, ante casos mucho más difíciles de identificar y analizar, siempre desde una perspectiva *ex ante* y teniendo en cuenta las particularidades de cada caso.

La posición de garante constituye, por tanto, el presupuesto previo de cualquier responsabilidad por omisión. De hecho, no será suficiente con acreditar si el *Compliance Officer* pudo haber dificultado el delito, mejorar el sistema o reaccionar de otra manera a como se hizo en un caso concreto, sino que será necesario analizar si existía un deber jurídico específico de actuar respecto de ese riesgo, así como si las funciones efectivamente asumidas le situaban en una posición de protección o control suficiente para exigirle su evitación, más allá de los medios a su disposición para llevar a cabo tal actuación esperada. El reto por tanto, es evidente, y en modo alguno de fácil solución salvo casos muy evidentes y obvios que, por desgracia, difícilmente serán los que nos encontremos en el día a día.

En Derecho penal, es sabido que tanto en la omisión propia como en la impropia, la relevancia de la inactividad depende de si el sujeto ha *creado* o *mantenido* un *riesgo jurídicamente desaprobado* allí donde el ordenamiento le exigía actuar.[21] Si bien el estudio de estas figuras excede con mucho este trabajo, como punto de partida será suficiente recordar aquí que, mientras la omisión propia deriva del incumplimiento de un deber específico previsto en el tipo penal que se consuma sin necesidad del resultado (como ocurre en el paradigmático caso de la omisión del deber de socorro del art. 195 CP), la omisión impropia, por su parte, deriva de la infracción de la posición de

21 ROBLES PLANAS, R., *Imputación del delito a personas físicas*, en *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa* (Dir. SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, Coord. ROBLES PLANAS, R.), *op. cit.*, pág. 134: *"En efecto, si en la propia esfera opera un peligro que solo está permitido bajo la condición de que se lo asegure suficientemente y, llegado el caso, este se descontrola, el titular habrá de responder de forma equivalente a su causación activa, esto es, en comisión por omisión si ha omitido el debido aseguramiento (art. 11)."*

garantía del art. 11 CP; esta última, a su vez puede apreciarse, según la literalidad de dicho propio precepto a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar, o b) cuando el omitente cree una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.[22]

En el caso concreto del *Compliance Officer*, el artículo 31 bis CP constituye un punto de partida organizativo relevante, pero no una fuente automática y suficiente de una posición individual de garante *ex* art. 11 CP. En efecto, dicho precepto exige que la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo se confíe a un órgano de la persona jurídica dotado de poderes autónomos de iniciativa y control, pero no define por sí mismo el alcance penal de los deberes individuales de quienes lo integran ni les atribuye una obligación general de impedir los delitos cometidos en la organización.[23] Consecuentemente, la eventual posición de garante deberá reconstruirse conforme al artículo 11 CP a partir del encargo efectivamente asumido y aceptado, del concreto reparto interno de competencias, de los medios y facultades atribuidos y de la relación funcional con el riesgo típico.[24] Es por ello por lo que deben distinguirse tres planos: el artículo 31 bis CP configura el marco organizativo del modelo y de su supervisión; la normativa interna, el contrato, el nombramiento o la delegación concretan las funciones efectivamente asumidas; y el artículo 11 CP determina si tales funciones alcanzan la intensidad necesaria para fundar una posición penal individual de garante. De este modo, la delegación puede generar deberes funcionales propios del delegado, pero no traslada mecánicamente la totalidad de la eventual posición de garantía del órgano de administración ni extingue los deberes residuales que puedan incumbir a éste.

---

22 Aun cuando viene de la propia literalidad del tipo, la jurisprudencia viene recordando estos dos elementos desde hace tiempo en su jurisprudencia. Por todas, *vid.* SSTS de 19 de enero de 1994, 27 de junio de 1997 o 12 de enero de 1998.

23 Vid. BACIGALUPO, S., *Alcance y límites de la posición de garante del órgano de control y supervisión de riesgos penales en el ámbito empresarial*, en *La imputación y la defensa de la persona jurídica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, para quien la posición de garante del *Compliance Officer* deriva de la delegación del órgano de administración en relación con el deber que a éste le incumbe derivado de los deberes de diligencia y control de riesgos de la actividad empresarial (arts. 225 y 529 iter c) en relación con el art. 11 y 31 bis 2 y 5 CP).

24 *Vid.* DEL ROSAL BLASCO, B., *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, para quien es posible incurrir en responsabilidad penal del *Compliance Officer*, al haberle sido delegadas funciones concretas de supervisión y control por el empresario. Mucho más ampliamente, sobre esta delegación de funciones y responsabilidades de dicho *Compliance Officer*, *vid.* AGUILERA GORDILLO, R., *Manual de compliance penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2026, págs. 520 y ss.

Precisamente por ello, y como ya se indicó *supra*, no basta con el nombramiento formal ni con la asignación de una determinada posición jerárquica en el organigrama. Para que pueda siquiera plantearse una imputación penal es imprescindible verificar la concurrencia de, cuando menos, otros dos elementos previos: (i) una capacidad efectiva de influencia sobre el curso de los acontecimientos, pues el Derecho penal no sanciona posiciones meramente formales o nominales, sino ámbitos reales de dominio o control del riesgo[25]; y (ii) competencias y conocimientos específicos sobre la materia vinculada al delito de que se trate —medioambiente, fiscalidad, fraude, blanqueo de capitales, seguridad, etc.—. Así es, la posición de garante tampoco puede presumirse de manera abstracta o global. Resulta ilusorio atribuir a una sola persona, o incluso a un reducido órgano colegiado, la responsabilidad por omisión respecto de la totalidad de las conductas potencialmente ilícitas cometidas en una gran organización. Motivo por el cual, deberá atenderse siempre al ámbito concreto de riesgo asumido, a las facultades atribuidas y a los medios disponibles para su supervisión.

A todo lo anterior, debemos de añadir, incluso, un tercer escollo adicional, derivado del distinto grado de implicación del *Compliance Officer* en la supervisión de los riesgos penales. En materias de elevada especialización técnica, como el medioambiente o la fiscalidad, la gestión inmediata del riesgo suele corresponder a áreas especializadas que disponen de los conocimientos y medios necesarios para controlar la fuente de peligro —más arriba pusimos un ejemplo de eventual responsabilidad del responsable de cumplimiento en un caso de medioambiente, pero ni que decir tiene que, en la mayoría de los casos, se exigirá un nivel de conocimientos verdaderamente altos para poderle atribuir de forma racional la posición de garante—. Del mismo modo, en privacidad y seguridad de la información, las funciones de supervisión suelen distribuirse, al menos en primera instancia, entre el *Data Protection Officer*, el *Chief Information Security Officer* y las áreas operativas competentes.[26] Por el contrario, en ámbitos como la prevención de la corrupción o del blanqueo de capitales, determinadas funciones de supervisión pueden quedar atribuidas con mayor intensidad al *Compliance Officer*. Esta diversidad confirma que su posición no puede definirse de forma abstracta,

---

25 En opinión de ROBLES PLANAS, R., *Imputación del delito a personas físicas*, en *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa* (Dir. SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, Coord. ROBLES PLANAS, R.), *op. cit.*, pág. 174, uno de los elementos para poder atribuir responsabilidad al *Compliance Officer* es, de hecho, que el riesgo no impedido sea precisamente uno de los que éste a asumido impedir

26 En este sentido, el art. 37 del Reglamento General de Protección de Datos 2016/679, de 27 de abril (RGPD), regula la figura del delegado de protección de datos en su art. 37. Dicha regulación es complementada a nivel nacional por la complementado por la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD).

sino a partir del concreto reparto organizativo de competencias y de su relación funcional con cada riesgo.

Por ello, la eventual posición de garante del *Compliance Officer* no puede deducirse directamente del artículo 31 bis CP ni proyectarse sobre la totalidad de la actividad empresarial. Deberá referirse a aquellos focos de riesgo que le hayan sido específicamente asignados mediante el encargo aceptado, la normativa interna y la estructura organizativa, y en los que además dicha persona se encuentre capacitada para el ejercicio efectivo de las tareas de supervisión encomendadas. Y sólo cuando las funciones concretamente asumidas satisfagan los presupuestos del artículo 11 CP, podrá afirmarse la existencia de un deber jurídico específico de actuar. Por el contrario, en ausencia de medios o conocimientos adecuados, acceso relevante a la información o capacidad real de intervención, la imputación penal deberá situarse en los niveles de la organización en los que efectivamente radique el control del riesgo.[27]

La delimitación de la posición de garante en el seno de estructuras empresariales complejas exige, por ello, abandonar cualquier concepción monolítica o indiferenciada del deber de vigilancia y avanzar hacia una comprensión funcional y graduada del dominio del riesgo. En este contexto, resulta particularmente útil tomar como punto de partida, en atención a los distintos niveles de vinculación respecto de la fuente de peligro, entre lo que la doctrina más autorizada ha venido a denominar *garantes primarios* y *garantes complementarios*, distinción que no introduce una jerarquía artificial de responsabilidades, sino que permite identificar con mayor precisión los distintos títulos de imputación penal que pueden surgir en el seno de la organización.[28] De este modo, son *garantes primarios* aquellos sujetos a quie-

---

27 *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, B de F, Montevideo, 2003, 2.ª Ed. págs. 369 y ss. Anteriormente, del mismo autor, *vid. Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código penal*, la Ley, 1996, n.° 4144.

28 La distinción entre garantes primarios y garantes complementarios ha sido desarrollada por LIÑÁN LAFUENTE, A., *La Responsabilidad Penal del Compliance Officer*, *op. cit.*, págs. 75 y 76. En opinión de dicho autor, con dicha teoría se construye un *deber de garante en cotitularidad*, donde el *garante complementario*, el que supervisa la fuente de peligro, necesita del *garante primario* (administrador) para la toma de la mayoría de las decisiones. Pero este garante primario necesita recibir la información del garante complementario para resolver las situaciones de riesgo, y si éste no cumple con su deber de informar, aquél no podrá cumplir con su deber de corregir. Sin perjuicio de la utilidad de dicha clasificación, en el presente trabajo se sostiene que la posición del garante complementario no requiere necesariamente afirmar una auténtica cotitularidad del deber de garantía, pudiendo configurarse como una posición funcional autónoma cuya eventual responsabilidad dependerá de la concurrencia de presupuestos específicos de imputación vinculados al ámbito competencial asumido, a la disponibilidad de información relevante

nes corresponde la gestión inmediata del riesgo y que, por ello, ostentan un dominio funcional directo sobre su generación, desarrollo o contención. Son quienes adoptan las decisiones operativas o estratégicas que constituyen el presupuesto fáctico del eventual ilícito y que, precisamente por ello, se encuentran en una posición privilegiada tanto para crear el riesgo típico como para evitar su materialización. Tal condición no depende necesariamente del nivel jerárquico ocupado dentro de la organización, sino de la concreta relación funcional existente entre el sujeto y la fuente de peligro. Por ello, la posición de garante primario recaerá normalmente sobre aquellos responsables a cuya esfera competencial pertenezca el riesgo de que se trate, ya sea por desarrollar directamente la actividad generadora del mismo o por ejercer competencias decisorias inmediatas sobre ella. Sería el caso, *v. gr.*, de la Dirección fiscal en el caso del diseño y ejecución de las políticas fiscales de la organización —que terminan en el cálculo y liquidación de tasas e impuestos—; de las áreas comerciales que, en su caso, llevan a cabo actos promocionales para la mejor venta de sus productos; o de las ya comentadas áreas medioambientales en su ámbito de responsabilidad, por poner algunos ejemplos.

La distinción entre garante primario y garante complementario descansa, precisamente, sobre la autonomía de los respectivos deberes de actuación. Por ello, la responsabilidad del segundo no puede deducirse automáticamente de la del primero ni viceversa. Cada uno responde dentro de la esfera competencial que le es propia y en función de los concretos deberes que le incumbían respecto del riesgo. La mera existencia de mecanismos de supervisión o control no altera la titularidad originaria de la fuente de peligro ni convierte al supervisor en corresponsable de toda infracción cometida por quien ostenta su gestión inmediata. Sólo cuando concurran los específicos presupuestos que fundamentan su propia posición de garantía podrá afirmarse una responsabilidad autónoma del garante complementario.

Por otro lado, la atribución al *Compliance Officer* de una competencia decisoria concreta no lo convierte automáticamente en garante primario. Cuando participa, informa, recomienda o supervisa una decisión adoptada

---

y a la capacidad efectiva de intervención sobre el riesgo. En parecido sentido, ROBLES PLANAS, R., *Imputación del delito a personas físicas*, en *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa* (Dir. SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, Coord. ROBLES PLANAS, R.), *op. cit.*, pág. 138 distingue entre (i) la administración de la propia esfera de la organización de la que surgen (por acción o por omisión) peligros; o (ii) de posición de garante de bienes jurídicos; de este modo *"[s]i un peligro no proviene de la propia esfera puede haber responsabilidad en comisión por omisión si el sujeto ha asumido evitar que el concreto peligro alcance a otros, de manera que estos pueden normativamente en que llegado el caso aquel actuará a modo de barrera de contención".* Más ampliamente, *vid.* también SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona, 2022, *passim.*

por otra área, su posición seguirá siendo, en su caso, complementaria. Sólo podrá hablarse de gestión inmediata de la fuente de peligro cuando la decisión sobre su creación o continuidad quede realmente incorporada a su propia esfera competencial. Sin embargo, fuera de estos supuestos, su posición será, por regla general y siempre que concurran los presupuestos necesarios, la de *garante complementario*. Ello obedece a que los riesgos de corrupción, medioambientales, fiscales, laborales, de protección de datos o de cualquier otra naturaleza suelen originarse y gestionarse inicialmente en áreas operativas o funciones especializadas distintas de *compliance*, cuyos responsables mantienen una relación inmediata con la fuente de peligro. El papel del *Compliance Officer* consiste entonces, no en ejecutar o autorizar las actividades generadoras del riesgo, sino en ejercer las funciones de prevención, detección y reacción que le hayan sido concretamente atribuidas dentro del modelo. Su eventual deber de garante no se proyecta sobre cada decisión individual adoptada en el seno de la organización ni sobre la eficacia global del sistema, sino sobre aquellos focos de riesgo y actuaciones respecto de los cuales haya asumido una función específica de supervisión. Por ello, la mera materialización del riesgo no permite fundamentar automáticamente su responsabilidad, que exige la concurrencia de los presupuestos adicionales de imputación desarrollados a continuación.

Así, la posibilidad de atribuir responsabilidad penal al *Compliance Officer* por omisión debiera ser excepcional.[29] En primera instancia, la gestión inmediata del riesgo corresponde normalmente a las áreas y responsables directamente vinculados con la actividad generadora del peligro. Y respecto del *Compliance Officer*, será posible únicamente previa acreditación de una posición de garantía propia sobre el riesgo concreto.

3.2. Presupuestos y supuestos de la responsabilidad por omisión del Compliance Officer

Afirmada la posibilidad de apreciar una posible posición de garante —si bien no en todo caso, según acabamos de ver—, una eventual responsabilidad por omisión debería exigir comprobar, de forma cumulativa, la acreditación de cinco elementos: (i) que el riesgo concreto se encuentre dentro del ámbito de supervisión efectivamente asumido; (ii) que el *Compliance Officer*

29 Por este motivo para MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Compliance*, en *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa* (Dir. SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, Coord. ROBLES PLANAS, R.), *op. cit.*, pág. 125, podría decirse que el *Compliance Officer*, o los miembros que componen el órgano de cumplimiento, son titulares de una posición de garantía que, no obstante no excluye en modo alguno el resto de posiciones, también de garantía, de otros miembros de la organización: *"desde el órgano de administración hasta los directivos materialmente competentes de los específicos ámbitos de riesgo de la empresa"*.

disponga de información y conocimientos suficientes sobre su existencia o inminencia; (iii) que cuente con facultades reales y efectivas para intervenir; (iv) que la actuación omitida fuera objetivamente idónea para evitar el resultado, directamente o mediante la activación de los mecanismos organizativos correspondientes; y (v) que el resultado finalmente producido perteneciera al ámbito de protección del deber de garantía infringido. Obviamente, la concurrencia de todos estos requisitos deberá valorarse desde una perspectiva *ex ante*, atendiendo a las circunstancias conocidas o cognoscibles en el momento en que correspondía actuar y evitando que el resultado finalmente producido condicione retrospectivamente el juicio de imputación.

Dentro de este análisis conjunto, especialmente relevante resulta el cuarto requisito que incorpora específicamente un juicio hipotético de comportamiento alternativo conforme a Derecho, debiendo determinarse si la conducta concreta exigible era objetivamente apta para evitar el resultado. Así, la mera capacidad para dificultar genéricamente la comisión del delito, mejorar el sistema o reducir riesgos futuros no satisfará, por sí sola, la exigencia de equivalencia del artículo 11 CP; motivo por el cual, si, aun actuando correctamente, el resultado se hubiera producido del mismo modo, la omisión será penalmente irrelevante. Por su parte, el quinto requisito, responde a una cuestión distinta, ya que exige comprobar que el resultado producido sea precisamente uno de aquellos que el deber de garantía infringido estaba llamado a evitar. No bastará, por tanto, con que el *Compliance Officer* hubiera podido desplegar alguna actuación potencialmente útil; es necesario, además, que el riesgo materializado pertenezca al ámbito de protección del concreto deber incumplido.[30]

Sólo una vez acreditados los referidos presupuestos procederá determinar la concreta forma de intervención imputable al omitente ya sea en concepto de autoría en comisión por omisión, cooperación necesaria o complicidad. Distinciones todas ellas determinantes desde la perspectiva del principio de culpabilidad, en la medida en que, conforme a la doctrina consolidada del

30 *Vid.* GIMBERNAT ORDEIG, E., *Comportamiento alternativo conforme a derecho y omisión impropia*, en Estudios penales y criminológicos, Dykinson, Madrid, 2018. Más ampliamente, LIÑÁN LAFUENTE, A., *La Responsabilidad Penal del Compliance Officer*, 2.ª ed., Aranzadi, Madrid, 2024, págs. 86 y ss., para quien, con cita de otros autores, *"si se hubieran aplicado las medidas de control concretas que eran exigibles, más allá de toda duda razonable, no se hubiera desestabilizado el foco de peligro que se debiera controlar, y que como consecuencia de su ausencia de control, ha determinado el resultado típico. Entiendo que de esta manera se respeta la equivalencia estructural con los requisitos exigidos para el castigo, de los delitos comisivos, donde habrá de quedar probado que el autor realizó la acción que desestabilizó el foco de peligro y provocó el resultado. Ello podrá ser aplicado tanto a los supuestos de omisión imprudente como a los de comisión dolosa."*

Tribunal Supremo[31], la calificación dependerá del grado de relevancia de la aportación para la ejecución del delito y, en particular, de su incidencia en el incremento del nivel de riesgo típicamente relevante. De tal modo que, sólo cuando la omisión del garante suponga una contribución esencial a la creación o intensificación del riesgo prohibido cabrá plantear su imputación como cooperación necesaria; en los restantes supuestos, y aun concurriendo conocimiento del riesgo, la conducta quedará, en su caso, relegada al ámbito de la complicidad o, más frecuentemente, fuera del reproche penal.

Sentadas estas premisas, resulta útil concretar algunos escenarios en los que, excepcionalmente, las funciones atribuidas al *Compliance Officer* puedan situarlo en una posición de garantía respecto del riesgo. En este sentido, la calificación no dependerá de la denominación formal de la competencia ni de su mera participación en el procedimiento, sino de si ha asumido una facultad autónoma y efectiva de gestión inmediata o, cuando su posición sea complementaria, un deber específico de activar mecanismos organizativos aptos para impedir el resultado.

a) Entre los supuestos de posible *garantía primaria* se encuentran, en primer lugar, la integración formal en órganos decisorios dotada de un verdadero poder de veto. La mera pertenencia a un comité de compras, inversiones o contratación internacional, o el carácter preceptivo del informe de cumplimiento, no bastan. Será necesario que

---

31 La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha delimitado de forma constante la distinción entre cooperación necesaria y complicidad atendiendo a la relevancia material de la aportación en la ejecución del hecho. Así, la STS 258/2007, de 19 de julio, precisa que *"la cooperación necesaria en sentido estricto se refiere a quienes ponen una condición necesaria, pero no tienen el dominio del hecho, pues no toman parte en la ejecución del mismo, sino que realizado su aporte, dejan la ejecución en manos de otros que ostentan el dominio del mismo"*, añadiendo que *"el cooperador necesario realiza su aportación al hecho sin tomar parte en la ejecución del mismo"*, y vinculando dicha distinción al *"criterio del dominio del hecho para diferenciar entre autores* (...) *y partícipes"*. Por su parte, la STS 305/2019, de 11 de junio, reitera que la cooperación necesaria exige una aportación indispensable para el delito, afirmándose que *"la participación supone una aportación a la ejecución del hecho que, si es imprescindible, es de cooperación necesaria"*, y que tal aportación ha de comportar *"un favorecimiento o facilitamiento de la acción o de la producción del resultado",* quedando excluidas las conductas *"meramente accesorias o irrelevantes"*. Finalmente, la STS 503/2018, de 25 de octubre, subraya que la imputación subjetiva del partícipe se funda en la asunción consciente del riesgo concreto, señalando que el autor *"conoció el peligro concreto del resultado que produjo y actuó con tal conocimiento"*, destacando que *"no tomó ninguna precaución para limitar el resultado de la agresión"*. Esta doctrina confirma que la atribución como cooperador necesario o como cómplice depende de la entidad funcional de la aportación, de su carácter indispensable o accesorio y de su incidencia en la creación o intensificación del riesgo típico, criterio plenamente trasladable al análisis de intervenciones omisivas a la luz del art. 28 CP cuando se examina su eventual equivalencia funcional con una contribución activa.

el *Compliance Officer* disponga de una competencia autónoma y propia para excluir la operación por el riesgo concreto sometido a su control, sin que el ejercicio de esa facultad dependa de una ulterior decisión discrecional del negocio. Cuando sólo pueda valorar, objetar o elevar la cuestión para que otro órgano decida, su posición seguirá siendo, en su caso, complementaria.

Una situación semejante puede producirse cuando la normativa interna somete determinadas operaciones sensibles —como regalos, donaciones, patrocinios o contribuciones políticas— a la autorización obligatoria y final del *Compliance Officer*. Si éste aprueba positivamente y con conocimiento una operación ilícita, su eventual responsabilidad se fundará, en principio, en una conducta activa propia. Si el reproche consiste en no ejercer la facultad de bloqueo o veto, sólo cabrá apreciar una posición de garante primario cuando su autorización constituya la decisión perceptiva y definitiva sobre la continuidad de la operación, y exprese una verdadera asunción de la gestión inmediata del riesgo, no un mero control de segunda línea.

También podría concurrir una posición primaria en la gestión directa del canal de denuncias cuando, además de recibir, investigar o tramitar la comunicación, el *Compliance Officer* tenga atribuida con autonomía la facultad propia de suspender una operación todavía no ejecutada o adoptar otra medida impeditiva inmediata. La mera investigación no desplaza hacia él la gestión del riesgo denunciado, que normalmente seguirá radicada en el área operativa competente. Si únicamente puede recomendar la medida cautelar o elevarla al órgano facultado para adoptarla, su eventual posición continuará siendo complementaria.

Finalmente, puede operar como garante primario cuando asuma una auténtica función de *gatekeeper* en las relaciones con terceros y le corresponda la decisión definitiva sobre la admisión de proveedores, agentes o *joint ventures* tras el proceso de diligencia debida. Sólo entonces la introducción del tercero en la esfera organizativa queda sometida a su gestión inmediata. Por el contrario, si su intervención consiste en identificar alertas, evaluar el riesgo o formular una recomendación que el negocio u otro órgano puede aceptar o rechazar, seguirá actuando como mero asesor, sin posibilidad de ser considerado garante *per se*.

b) Fuera de estos casos, la posición del *Compliance Officer* será normalmente *complementaria*. Adquirirán entonces especial relevancia las omisiones ya identificadas respecto de los órganos colegiados: no votar cuando exista un deber específico de pronunciarse; abstenerse o no asistir con la finalidad de eludir una intervención debida; no formular objeciones o advertencias frente a un riesgo conocido; no solicitar información o la suspensión del proceso decisorio; no ejercer facultades de

veto, bloqueo o suspensión atribuidas; no escalar la cuestión al órgano competente; no promover la reconsideración del acuerdo; o no realizar el seguimiento posterior ni activar las medidas correctoras disponibles. Y ninguna de estas conductas debiera ser considerada típica por sí sola. Su eventual relevancia dependerá de que la actuación omitida estuviera comprendida, además, en un deber propio, de disponer de información suficiente y de haber activado —pudiendo hacerlo— mecanismos concretos objetivamente aptos para impedir el resultado.

c) En cuanto a las *funciones de diseño y mantenimiento del sistema*, sólo de forma excepcional podrá proyectarse una posición de garantía penalmente relevante. No basta con constatar, a la vista del delito ya cometido, que el modelo podría identificado de forma más efectiva el riesgo o haber incorporado controles adicionales, alertas más sensibles o una calibración distinta. El Derecho penal no permite convertir cualquier diferencia entre el sistema existente y otro hipotéticamente más eficaz en una infracción del deber de garantía. Será necesario que la deficiencia responda a una omisión grave y concreta respecto de un riesgo típico conocido o cognoscible, que haya contribuido de forma clara a la materialización del delito y que la medida omitida estuviera comprendida en las funciones efectivamente asumidas y fuera objetivamente idónea para evitar el resultado. Así, podrán adquirir relevancia la decisión consciente de mantener criterios de segmentación o alerta que excluyen sistemáticamente operaciones concretas de blanqueo; la falta consciente de adaptación de controles ante una nueva operativa que se sabe utilizada para introducir fondos de origen delictivo; o la inacción frente a alertas claras y reiteradas cuando el *Compliance Officer* dispone de capacidad para investigar, someter la operación a examen especial, escalarla o activar su bloqueo. En definitiva, el reproche no podrá recaer sobre una deficiencia abstracta del modelo, sino sobre la omisión de una actuación concreta frente a un riesgo típico comprendido en la esfera funcional asumida.

d) Finalmente, aspectos de *menor transcendencia*, como la ausencia de formación específica, la impartición de acciones formativas genéricas, una deficiente calibración no vinculada a operaciones conocidas o la mera ineficacia pedagógica del sistema de *compliance*, aun cuando sean reprochables desde una perspectiva organizativa, no deberían permitir por sí solas afirmar responsabilidad penal individual.

En conclusión, la diversidad de funciones y responsabilidades que puede asumir el *Compliance Officer* impide atribuir un significado penal uniforme a cualquier inacción o ejercicio inadecuado de sus competencias. El mero desempeño de tareas de investigación, información, asesoramiento, advertencia o escalado no determina, por sí solo, una posición de garante respecto de los

delitos cometidos en la organización, ni convierte toda deficiencia funcional en un título de imputación. Sólo cabrá fundamentar una responsabilidad conforme al artículo 11 CP cuando, en supuestos como los expuestos, el *Compliance Officer* haya asumido una función primaria de gestión inmediata del riesgo o, de forma mucho más excepcional, ocupe una posición complementaria dotada de un deber propio, específico y efectivo de actuación. Ahora bien, en ambos casos será imprescindible que concurran cumulativamente los presupuestos anteriormente señalados: que el riesgo se integre en el ámbito funcional asumido, que disponga de información suficiente y de facultades reales para intervenir, que la conducta omitida sea objetivamente idónea para evitar el resultado y que éste pertenezca al ámbito de protección del deber infringido. Fuera de estos supuestos, la mera posibilidad de haber investigado mejor, informado antes, asesorado de otro modo o escalado con mayor intensidad podrá revelar, en su caso, una deficiencia organizativa o profesional, pero no bastará para construir una responsabilidad penal por comisión por omisión.

3.3. De la necesaria consideración del elemento subjetivo en una eventual atribución de responsabilidad al Compliance Officer

Como complemento de lo anterior, debe tenerse muy en cuenta el carácter estrictamente doloso de la mayoría de los tipos penales que pueden dar lugar a responsabilidad de la persona jurídica. La posición de garante y los presupuestos del artículo 11 CP resuelven únicamente la dimensión objetiva de la imputación, pero no permiten, *per se*, atribuir al *Compliance Officer* un delito doloso cometido en la organización. Será necesario acreditar además el elemento subjetivo exigido por el concreto tipo penal, ya sea en forma de dolo directo o, cuando resulte admisible y de forma más excepcional, de dolo eventual, quedando excluida cualquier imputación encubierta basada en la mera infracción del deber de cuidado.

De este modo, en los supuestos en los que la omisión se califique como cooperación necesaria o complicidad, resulta especialmente útil la doctrina jurisprudencial del denominado doble dolo, referida al conocimiento del hecho principal y al carácter favorecedor de la propia contribución.[32] Esta construcción, aunque no haya sido elaborada específicamente para la posición de garante del responsable de cumplimiento, expresa una exigencia subjetiva plenamente trasladable a las formas de participación omisiva. Por su parte, cuando la imputación se formule como autoría en comisión por omisión, deberá acreditarse con mayor precisión del dolo del omitente, comprensivo del conocimiento de la situación típica, de las circunstancias que activaban su deber y de la posibilidad real de actuar.

---

32 AGUILERA GORDILLO, R., *Manual de compliance penal*, *op. cit.*, págs. 535 y ss.

En efecto, cuando hablamos de delitos imprudentes, la responsabilidad por omisión sí puede afirmarse cuando el omitente, por no emplear el cuidado debido, no llega a conocer la situación de hecho que activaba su deber de actuar, o cuando, aun conociéndola, intenta evitar el resultado de forma descuidada o manifiestamente inadecuada. Así lo ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo al afirmar que existe culpa omisiva cuando el garante *"no consiguió impedir el resultado por la forma descuidada o inadecuada en la que intentó cumplir el deber que le incumbía"*.[33] Este esquema resulta compatible, por ejemplo, con ámbitos como la prevención del blanqueo de capitales, en los que el legislador admite expresamente la punición de conductas imprudentes basadas en déficits graves de diligencia.[34]

Sin embargo, tal construcción no es trasladable sin más a los delitos dolosos, cuya estructura típica excluye toda forma de imputación imprudente. Para afirmar la responsabilidad dolosa del *Compliance Officer* por omisión deberá acreditarse, de forma suficientemente individualizada, que: (i) conocía suficientemente el hecho delictivo principal o, al menos, el riesgo típico concreto de su realización; (ii) conocía las circunstancias que activaban su deber y su posibilidad real de actuar; y, pese a ello (iii) decidió omitir la conducta debida, queriendo favorecer el hecho o aceptando conscientemente su realización. Será necesario por tanto disponer de una representación concreta del significado delictivo de la conducta en curso y de la función impeditiva de la actuación que le incumbía. No en vano, como ha señalado el Tribunal Supremo, la participación omisiva en delitos dolosos exige que el omitente *"conozca la posibilidad de actuar conforme a su posición y, aun así, omita la conducta exigible, contribuyendo de forma relevante al resultado"*.[35]

---

33 STS 482/2017, de 28 de junio.

34 En opinión de LIÑÁN LAFUENTE, A., *La Responsabilidad Penal del Compliance Officer*, *op. cit.*, págs. 93 y 94: *"Cuando el resultado haya sido causado, con el nivel de certeza expuesto, por un foco de peligro previamente identificado en el sistema de prevención de riesgos penales, que se haya descontrolado debido a una acción negligente que aumentó el riesgo de comisión, y que si se hubieran aplicado las medidas de control previstas hubiera permanecido controlado, el garante del control responderá por la comisión del delito imprudente en comisión por omisión, siempre que el delito pueda ser aplicado a los requisitos típicos del art. 11 CP. Pero si el resultado se hubiese producido del mismo modo, aun aplicando las medidas de control previstas al efecto debido a que el incremento del riesgo no afecta al resultado, el omitente no debería tener responsabilidad penal. / (...) En el ámbito de la comisión por omisión dolosa la imposibilidad material de impedir el hecho con la aplicación de las medidas de control será más evidente, pues se parte de una situación donde el Compliance Officer es consciente de que su actuación evitará el resultado, pero intencionadamente decide no hacer nada para impedirlo. Éste será el encargado de controlar el foco de peligro preexistente, pero conscientemente decide permanecer pasivo, y no aplicar el control, para que se produzca con seguridad el resultado."*

35 SSTS 682/2017, de 18 de octubre; 305/2017, de 27 de abril; 17/2017, de 20 de enero.

Precisamente por este motivo, la ineficacia del sistema de compliance, incluso cuando sea grave, no puede confundirse con dolo eventual. La jurisprudencia ha sido constante al exigir que este último se base en la aceptación consciente del resultado típico, y no en la mera previsibilidad abstracta del riesgo o en una confianza infundada en que el resultado no se producirá. La frontera entre dolo eventual y culpa consciente no se traspasa por la simple pasividad o por una vigilancia deficiente, sino únicamente cuando el sujeto, representándose seriamente la probabilidad de realización del delito, asume dicho resultado como posible y actúa —u omite— pese a ello.

Sólo en este marco cabría plantear, de forma excepcional, la apreciación de dolo en la conducta omisiva del *Compliance Officer*. Así, por ejemplo, cuando éste, teniendo conocimiento concreto y actual de que un directivo está utilizando intermediarios para canalizar pagos corruptos en una licitación pública, decide conscientemente no activar los mecanismos de control o bloqueo a su alcance con el fin de no interferir en la operación. Del mismo modo, podría afirmarse el dolo cuando el *Compliance Officer*, con capacidad efectiva para suspender pagos o vetar a determinados terceros, tolera deliberadamente la continuidad de una relación contractual respecto de la cual conoce la existencia de sobornos sistemáticos, asumiendo el riesgo de que el delito se consume como consecuencia directa de su inacción.

Fuera de estos supuestos —caracterizados por el conocimiento concreto del riesgo típico y la aceptación consciente del resultado—, la conducta del *Compliance Officer* no puede superar el umbral de la mera imprudencia organizativa o de la infracción del deber de cuidado. Cuando el concreto tipo penal no admita la modalidad imprudente, cualquier intento de fundamentar la imputación penal sobre la base de una diligencia ineficaz, de una supervisión defectuosa o de una reacción tardía supondría introducir de forma encubierta una responsabilidad imprudente allí donde se exige, de manera inequívoca, dolo.

4. CONCLUSIONES

El análisis desarrollado permite concluir:

1. La responsabilidad penal del *Compliance Officer* no deriva de su cargo, de su integración en la función de cumplimiento ni del fracaso del modelo de prevención. Su eventual imputación puede construirse por dos vías distintas. La primera comprende los actos propios y las formas de intervención activa en hechos ajenos, incluidas las aportaciones realizadas en órganos colegiados; en estos casos resultan aplicables las reglas generales de autoría y participación, atendiendo a la concreta contribución, al dominio del hecho o al carácter favorecedor de la conducta. La segunda se refiere a los delitos cometidos por otra persona o área de la organización que el *Compliance Officer*

no evita; sólo aquí entran en juego la posición de garante y los presupuestos del artículo 11 CP.

2. El artículo 31 bis CP configura el marco organizativo de la supervisión del modelo, pero no constituye por sí solo una fuente automática de una posición individual de garante. Ésta deberá reconstruirse conforme al artículo 11 CP a partir del encargo efectivamente asumido y aceptado, del reparto real de competencias, de los medios y facultades atribuidos y de la relación funcional con el riesgo típico. El *Compliance Officer* no es, por tanto, garante universal de todos los delitos cometidos en la empresa, ni la mera realización de tareas de investigación, información, asesoramiento, advertencia o escalado determina *per se* un deber penal de impedirlos.
3. La distinción entre garante primario y garante complementario permite identificar quién gestiona de forma inmediata la fuente de peligro y quién ejerce funciones específicas de supervisión o activación de mecanismos de control. Entre ambos no existe corresponsabilidad automática: cada sujeto responde dentro de su propia esfera competencial. El *Compliance Officer* sólo podrá ocupar una posición primaria cuando haya asumido una facultad autónoma y definitiva sobre la creación o continuidad del riesgo —como un verdadero poder de autorización final—. Fuera de tales supuestos, su eventual posición será normalmente complementaria y exigirá, en todo caso, un deber propio, específico y efectivo de actuación. Ahora bien, esta clasificación no permite presumir que el *Compliance Officer* incurra en responsabilidad penal en todo caso, sino que obliga a comprobar si las funciones efectivamente asumidas alcanzan la intensidad exigida por el artículo 11 CP. Su consideración como garante primario será excepcional, pues requerirá que haya asumido una verdadera capacidad autónoma y definitiva de decisión sobre la creación o continuidad del riesgo, desplazando hacia su esfera la gestión inmediata de la fuente de peligro. Más difícil aún será fundamentar su condición de garante complementario: las facultades de supervisión, advertencia o escalado no bastan por sí solas, sino que deberá acreditarse un deber propio y específico de actuación, referido al riesgo concreto y acompañado de medios y facultades efectivas para impedir el resultado mediante la activación de los mecanismos organizativos correspondientes.
4. La responsabilidad omisiva exige comprobar, por tanto y desde una perspectiva *ex ante*, que el riesgo concreto se encontraba dentro del ámbito funcional efectivamente asumido; que el *Compliance Officer* disponía de información suficiente sobre su existencia o inminencia; que contaba con facultades reales y efectivas para intervenir; que la actuación omitida era objetivamente idónea para evitar el resultado, directamente o mediante la activación de mecanismos organizativos

concretos; y que el resultado producido pertenecía al ámbito de protección del deber infringido. Si el resultado se hubiera producido igualmente actuando conforme a Derecho, o si el riesgo materializado era ajeno al deber asumido, la omisión será penalmente irrelevante.

5. La intervención en órganos colegiados tampoco posee un significado penal predeterminado. Las aportaciones positivas —como votar favorablemente, impulsar, validar o dotar de cobertura a una decisión ilícita— podrán fundamentar responsabilidad cuando constituyan una contribución consciente y penalmente relevante conforme a las reglas de autoría o participación. En cambio, la abstención, la inasistencia, la falta de voto o la omisión de facultades de advertencia, información, escalado, veto, bloqueo o seguimiento sólo adquirirán relevancia desde la óptica de la garantía. Acreditados sus presupuestos, la concreta forma de intervención podrá calificarse, según la entidad funcional de la omisión, como autoría en comisión por omisión, cooperación necesaria o complicidad.
6. Especial cautela merecen las funciones de diseño y mantenimiento del modelo. La constatación retrospectiva de que pudieron implantarse más controles, alertas más sensibles o una calibración diferente no permite construir responsabilidad penal. La mera ineficacia del sistema, una formación insuficiente, una deficiente calibración abstracta o la posibilidad de haber diseñado un modelo hipotéticamente mejor podrán revelar fallos organizativos o profesionales, pero no constituyen por sí solos un título de imputación penal.
7. Finalmente, deberá concurrir el elemento subjetivo exigido por el concreto tipo penal. En los delitos dolosos será necesario acreditar que el *Compliance Officer* conocía suficientemente el hecho delictivo principal o, al menos, el riesgo típico concreto de su realización; que conocía las circunstancias que activaban su deber y su posibilidad real de actuar; y que decidió omitir la conducta debida, queriendo favorecer el hecho o aceptando conscientemente su realización. Cuando el tipo admita la modalidad imprudente, la responsabilidad exigirá una infracción grave del deber de cuidado y los restantes presupuestos objetivos de la comisión por omisión. En suma, la responsabilidad penal del *Compliance Officer* debe ser excepcional, pero no puede descartarse de antemano: responderá cuando se integre activamente en el hecho conforme a las reglas generales de autoría y participación o cuando, ocupando una verdadera posición de garante, su omisión satisfaga todos los requisitos objetivos y subjetivos de imputación. Fuera de estos supuestos, ni el cargo, ni el fracaso del modelo, ni una expectativa abstracta de vigilancia pueden fundamentar por sí solos responsabilidad penal.

BIBLIOGRAFÍA

Rafael AGUILERA GORDILLO, *Manual de compliance penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2026.

Enrique BACIGALUPO, Compliance y Derecho penal, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

Silvina BACIGALUPO SAGGESE, «Alcance y límites de la posición de garante del órgano de control y supervisión de riesgos penales en el ámbito empresarial», en *La imputación y la defensa de la persona jurídica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

Miguel BAJO FERNÁNDEZ y Silvina BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010.

Bernardo DEL ROSAL BLASCO, *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

Bernardo DEL ROSAL BLASCO, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención», en Lorenzo MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015.

Enrique GIMBERNAT ORDEIG, «Comportamiento alternativo conforme a Derecho y omisión impropia», en *Estudios penales y criminológicos*, Dykinson, Madrid, 2018.

Alfredo LIÑÁN LAFUENTE, *La responsabilidad penal del Compliance Officer*, 2.ª ed., Aranzadi, Madrid, 2024.

Raquel MONTANER FERNÁNDEZ, «Compliance», en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (dir.) y Ricardo ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Atelier, Barcelona, 2020.

Adán NIETO MARTÍN, «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal», en Lothar KUHLEN, Juan Pablo MONTIEL e Íñigo ORTIZ DE URBINA JIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

Eduardo PORRES ORTIZ DE URBINA, «La responsabilidad penal de los directivos de empresa», *Revista de Jurisprudencia*, abril de 2020.

Gonzalo QUINTERO OLIVARES, «La crisis de la configuración individualista de la teoría de la participación. La entrada de entes y grupos», *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 36, 2009.

Ricardo ROBLES PLANAS, «Imputación del delito a personas físicas», en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (dir.) y Ricardo ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Atelier, Barcelona, 2020.

Claus ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2016.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, «Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del artículo 11 del Código Penal», *La Ley*, núm. 4144, 1996.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2.ª ed., B de F, Montevideo, 2003.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona, 2022.

Boletín del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (4ª Época)

Nº 3 / Septiembre, 2026
pp. 101–130

Mayte Requejo Naveros

Abogada y profesora de Derecho Penal
de la Universidad Pontificia de Comillas-ICADE

LAS INVESTIGACIONES INTERNAS TRAS LA LEY 2/2023: GARANTÍAS, INCERTIDUMBRES Y DESAFÍOS PRÁCTICOS

RESUMEN:

La Ley 2/2023 constituye el primer marco normativo español que incide de forma directa en la gestión de las investigaciones internas, aunque sin llegar a regularlas de manera completa. El presente trabajo analiza algunos de los principales problemas prácticos que plantea su aplicación, entre ellos la delimitación de su aplicabilidad, la interpretación de los plazos de investigación, la gestión de los conflictos de interés, la protección de la identidad del informante y la posición jurídica de éste durante la investigación. La norma dista de ofrecer una regulación completa de esta materia, por lo que la interpretación de sus disposiciones continuará dependiendo, en buena medida, de su integración con el resto del ordenamiento jurídico y con los criterios que progresivamente vayan consolidándose en la doctrina, en la práctica forense y, sobre todo, en la jurisprudencia.

Palabras clave:

investigaciones internas; Ley 2/2023; responsabilidad penal de las personas jurídicas; *compliance* penal; Sistemas Internos de Información; protección del informante; garantías procedimentales; conflictos de interés; derecho de defensa.

ABSTRACT:

Law 2/2023 represents the first Spanish legislative framework to expressly address the conduct of internal investigations. However, it does not provide a comprehensive regulation of this field. This article explores some of the main practical challenges arising from its implementation, including the definition of its scope of application, the interpretation of investigation deadlines, the management of conflicts of interest, the protection of whistleblowers' identities, and the determination of their procedural status throughout the investigative process. Despite these advances, the Act remains far from establishing a complete regulatory regime for internal investigations. Consequently, the interpretation and application of its provisions will continue to depend largely on their integration within the broader legal framework, as well as on the guidance that will progressively emerge from legal scholarship, investigative practice, and, above all, judicial decisions.

Keywords:

internal investigations, Law 2/2023, corporate compliance, internal reporting systems, whistleblower protection, conflicts of interest.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. APLICABILIDAD DE LA LEY 2/2023 A LAS INVESTIGACIONES INTERNAS. 2.1. Aplicabilidad *ad intra*. 2.2 Aplicabilidad *ad extra*. 3. LOS PLAZOS DE

LA INVESTIGACIÓN INTERNA: ¿LÍMITE TEMPORAL REAL O GARANTÍA DE SEGUIMIENTO DE LA COMUNICACIÓN? 3.1. El plazo de tres meses como plazo máximo de investigación. 3.2. El plazo de tres meses como garantía de seguimiento ante el informante. 4. INVESTIGACIONES INTERNAS Y SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS. 4.1. La competencia residual del órgano de administración y las exigencias derivadas del modelo de *compliance* penal. 4.2. La paradoja del artículo 9.2.g): los límites de la regla de reenvío. 4.3. La necesidad de prever *ex ante* los escenarios de captura institucional. 5. CONFIDENCIALIDAD E IDENTIFICACIÓN DEL INFORMANTE EN LAS INVESTIGACIONES INTERNAS. 5.1. La identificación del denunciante por el contexto de los hechos. 5.2. La tensión entre la obligación de confidencialidad y el derecho de defensa del afectado. 6. EL INFORMANTE Y LOS LÍMITES DE SU PARTICIPACIÓN EN LA INVESTIGACIÓN. 6.1. La ausencia en el informante de la condición de interesado. 6.2. El alcance de los derechos de información del informante. 6.3. Los riesgos de una concepción cuasi procesal del informante. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOGRAFIA.

Fecha de cierre: 1 de septiembre de 2026

1. INTRODUCCIÓN[1]

La incorporación al ordenamiento jurídico español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, supuso un cambio de paradigma en la concepción tradicional del Derecho penal. Por primera vez, las personas jurídicas podían responder penalmente por determinados delitos cometidos en su seno, abriendo paso a un nuevo modelo de prevención y control basado en la capacidad de las organizaciones para detectar, evitar y reaccionar frente a conductas ilícitas desarrolladas en su estructura. En concreto, la regulación primigenia preveía en el apartado 4 d) del artículo 31 *bis* del Código penal la posibilidad de atenuar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en aquellos casos en que se hubieran establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

Este primer hito normativo fue posteriormente reforzado por la reforma operada en el Código penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que, por una parte, introdujo una regulación más depurada de los modelos de organización y gestión a los que se refiere el artículo 31 *bis* del Código Penal; y, por otra, otorgó a dichos modelos la capacidad de excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica[2]. A partir de ese momento, el denominado *compliance* penal dejó de configurarse únicamente como una buena práctica em-

1 Abreviaturas: (i) Autoridad Independiente de Protección del Informante: AIPI; (ii) Sistema Interno de Información: SII; (iii) SSTS: sentencias del Tribunal Supremo.

2 Cfr. Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ; "La culpabilidad de la persona jurídica" en Miguel BAJO FERNÁNDEZ *et al*., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas,* Thomson Reuters, 2.ª ed., Navarra 2016, pp. 177–216.

presarial para convertirse en un elemento central de la estrategia de prevención del delito y, en determinados supuestos, en una circunstancia capaz no sólo de atenuar sino de excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica[3]. La detección de irregularidades, la investigación de los incumplimientos y la adopción de medidas correctoras pasaron así a ocupar una posición esencial en la valoración de la eficacia de los programas de cumplimiento[4].

Sin embargo, pese a la relevancia práctica que las investigaciones internas adquirieron desde ese momento[5], lo cierto es que el legislador español proporcionó escasas pautas sobre cómo debían desarrollarse. Durante años, las organizaciones, los profesionales del *compliance* y los investigadores externos nos hemos visto obligados a construir nuestros propios criterios de actuación a partir de una combinación de principios procedentes del derecho laboral, la protección de datos, la experiencia comparada y, muy particularmente, de los principios que imperan en la instrucción de los procedimientos penales. Conceptos como el acceso y análisis a dispositivos y recursos corporativos, la preservación y gestión de evidencias, las entrevistas de investigación o las garantías de las personas afectadas fueron incorporándose progresivamente a la práctica sin que existiera una regulación específica que ordenase de manera sistemática esta actividad[6].

---

3 Sobre los presupuestos de eficacia de los modelos de organización y gestión del artículo 31 *bis* del Código penal, cfr. SSTS 154/2016, de 29 de febrero; 221/2016, de 16 de marzo; 516/2016, de 13 de junio; 583/2017, de 19 de julio (caso Transpinelo II); 316/2018, de 28 de junio; 89/2023, de 10 de febrero (caso Pescanova); 298/2024, de 8 de abril; 372/2025, de 11 de abril; 768/2025, de 25 de septiembre, y 836/2025, de 14 de octubre. En relación la evolución de la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *vid*. Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO; "De la autopoiesis al pragmatismo: el silencioso periplo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Tribunal Supremo", en *La Ley Compliance Penal*, núm. 25, 2026.

4 A este respecto, y como señala Nicolás RODRÍGUEZ-GARCÍA en "Las investigaciones internas como elemento esencial de los "criminal compliance programs": *haciendo de la necesidad virtud*", *Revista Penal,* núm. 52, julio 2023, p. 204, "la aplicación de las eximentes y las atenuantes del art. 31 *bis* no se condicionan a un resultado —prevenir efectivamente los delitos—, sino a un *hacer*: adoptar los mecanismos más apropiados para reducir los riesgos propios y la persona y su actividad".

5 Como señala RODRIGUEZ-GARCÍA: 2023: 205, las investigaciones internas son parte de la política integral del cumplimiento de las empresas, constituyendo "una forma de concreción especial del sistema de gestión de riesgos, orientada a reducir la exposición penal de la persona jurídica. Si bien no se encuentran reguladas expresamente, son el complemento lógico del sistema de atenuantes introducido por el legislador".

6 Abundante es la bibliografía dedicada a ordenar el procedimiento de las investigaciones internas con carácter previo a la promulgación de la Ley 2/2023. Por todos, *vid*. Carlos ZABALA y Sonia TRENDAFILOVA; *Manual de investigaciones internas*, Thomson Reuters Aranzadi, 1.ª ed., Navarra 2020 y RODRÍGUEZ-GARCÍA: 2023.

La aprobación de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (la "*Ley 2/2023*" o la "*Ley*"), que transpone la Directiva (UE) 2019/1937 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (la "*Directiva*"), constituye probablemente el último gran hito en esta evolución normativa[7]. Si bien la finalidad inmediata de la norma radica en la protección de los informantes y en la configuración de los canales de información, su contenido trasciende ese ámbito al establecer garantías y pautas procedimentales relevantes para la tramitación de denuncias. De este modo, la Ley 2/2023 representa el primer acercamiento del legislador español a una materia que, hasta fechas recientes, había permanecido huérfana de regulación específica.

No obstante, la aportación de la Ley 2/2023 es tan relevante como problemática. La norma proporciona algunas pautas útiles para ordenar determinadas fases de la investigación interna, introduce obligaciones procedimentales hasta ahora inexistentes y reconoce derechos tanto al informante como a la persona afectada. Empero, al mismo tiempo plantea numerosos interrogantes interpretativos y deja sin resolver cuestiones esenciales para quienes nos enfrentamos a la tramitación de estas investigaciones en el día a día. La determinación de su aplicabilidad, la gestión de los plazos de investigación, las situaciones de conflicto de interés, el alcance de los derechos de las personas implicadas o la relación entre confidencialidad y derecho de defensa son sólo algunos de los problemas que hemos tenido que afrontar desde su entrada en vigor.

El objetivo del presente trabajo, por tanto, no es realizar un estudio exhaustivo de la Ley 2/2023, sino examinar algunos de los problemas que con mayor frecuencia surgen en la dirección y supervisión de investigaciones internas y para los que la regulación vigente ofrece respuestas incompletas, ambiguas o, en ocasiones, inexistentes —y respecto de los que la jurisprudencia aún no se ha pronunciado—. Si bien no son necesariamente los más complejos desde una perspectiva dogmática, ni aquellos que han recibido una mayor atención doctrinal, responden en gran medida a interrogantes surgidos de la práctica cotidiana de las investigaciones internas y de la aplicación diaria de la Ley 2/2023, respecto de los cuales las organizaciones, los responsables de cumplimiento y los investigadores nos vemos con frecuencia obligados a adoptar decisiones sin contar con criterios normativos claros o soluciones suficientemente consolidadas.

---

7 Por todos, *vid.* Ramón RAGUÉS I VALLÈS; "La Ley 2/2023 de protección de informantes: una primera valoración crítica" en *La Ley Compliance Penal*, núm. 13, abril 2023, pp. 1–22.

2. APLICABILIDAD DE LA LEY 2/2023 A LAS INVESTIGACIONES INTERNAS

La primera dificultad práctica que plantea la Ley 2/2023 en relación con las investigaciones internas consiste en determinar su aplicabilidad, cuestión que se manifiesta en dos planos diferentes.

En primer lugar, aunque *ab initio* parece que la norma resulta aplicable a toda investigación interna relacionada con posibles incumplimientos normativos, la práctica revela que dicha conclusión no puede alcanzarse de forma automática. Por el contrario, una de las primeras cuestiones a las que deben enfrentarse quienes dirigen o supervisan una investigación interna consiste, precisamente, en determinar si ésta se encuentra realmente sometida al régimen previsto en la Ley 2/2023. En efecto, una parte significativa de las investigaciones internas no trae causa de una comunicación recibida a través del Sistema Interno de Información, sino de otras fuentes de conocimiento de la organización, tales como auditorías internas, reportes financieros, o comunicaciones informales. Surge así la duda de si las garantías, obligaciones y procedimientos previstos en la Ley 2/2023 resultan igualmente aplicables a investigaciones que nacen al margen de los cauces expresamente contemplados por la norma.

En segundo lugar, la propia configuración normativa de la Ley plantea un interrogante adicional. Mientras que ésta contiene una regulación relativamente detallada del procedimiento aplicable a las comunicaciones tramitadas por la Autoridad Independiente de Protección del Informante, las previsiones relativas a la gestión e investigación de las comunicaciones recibidas a través del SII son considerablemente más escuetas. Esta asimetría regulatoria suscita la cuestión de si determinadas garantías y reglas procedimentales previstas para las actuaciones de la AIPI pueden, o incluso deben, proyectarse sobre las investigaciones internas tramitadas en el ámbito de las organizaciones.

A examinar ambas cuestiones se dedican los epígrafes que siguen.

2.1. Aplicabilidad ad intra

La Ley 2/2023 establece en su artículo 4.1 que los sujetos obligados[8] deberán disponer de un Sistema Interno de Información. El SII, que constituye el cauce preferente para informar sobre las infracciones a que se refiere el artículo 2 de la Ley, ha de integrar, a su vez, el canal interno de información. A través de los canales internos —o canales de denuncias—, se posibilita la presentación de comunicaciones referidas a tales infracciones. Junto a este cauce, el artículo 16 de la Ley reconoce la posibilidad de que toda persona comunique

8 *Vid*. artículo 10 de la Ley.

a la AIPI la comisión de cualesquiera de las infracciones referidas, reporte que podrá hacerse bien directamente, bien previa comunicación a través del canal interno, evidenciando la naturaleza complementaria de ambos canales[9]. A este canal externo se refiere también el artículo 7.2 de la Ley, cuando establece que a quienes hayan realizado una comunicación a través del canal interno se les informará sobre los canales externos de información[10].

En relación con ambos canales, la Ley 2/2023 contiene una regulación considerablemente más detallada del procedimiento aplicable a las comunicaciones tramitadas por la AIPI que de las investigaciones derivadas de comunicaciones recibidas a través del SII. Mientras que los artículos 17 a 24 de la Ley establecen con precisión las fases del procedimiento ante la AIPI, las causas de inadmisión, las facultades instructoras, el contenido del informe final y las posibles formas de terminación, el artículo 9 se limita a establecer un conjunto de garantías y obligaciones mínimas para la gestión interna de las comunicaciones.

Esta diferencia de tratamiento plantea la cuestión práctica que ya ha quedado apuntada, esto es, determinar si las previsiones establecidas para la actuación de la AIPI pueden utilizarse como criterio interpretativo para integrar las lagunas que presenta la regulación de las investigaciones internas.

El problema se manifiesta especialmente en relación con cuestiones tales como la posibilidad de inadmitir comunicaciones, el contenido mínimo de las conclusiones de la investigación o las distintas formas de terminación del procedimiento. Se trata de materias expresamente reguladas para la AIPI, pero respecto de las cuales la Ley guarda silencio o se expresa de forma mucho más escueta cuando la investigación es desarrollada por la propia organización.

En este contexto, hemos de plantearnos una eventual aplicación analógica de los artículos 17 a 24 de la Ley 2/2023 a las investigaciones internas iniciadas como consecuencia de una comunicación ante el SII. Sin embargo, esta solución presenta algunas dificultades. La analogía presupone la existencia de una identidad de razón suficiente entre el supuesto regulado y

---

9 Sobre la coexistencia de ambos canales cfr. RAGUÉS I VALLÈS: 2023: 8–10 y Carmen SÁEZ LARA; "El estatus jurídico del informante tras la Ley 2/2023 de protección de las personas informantes y de lucha contra la corrupción" en *Labos*, vol. 4, núm. 3, pp. 59–60.

10 Si bien excede de los límites de este trabajo, la posibilidad contemplada por la ley de presentar la denuncia tanto ante la AIPI como mediante el canal interno plantea la conflictiva cuestión de las investigaciones paralelas. A ello se refieren María de los Ángeles VILLEGAS GARCÍA y Miguel Ángel ENCINAR DEL POZO en "Las investigaciones internas. Estado actual de la cuestión", en Jacobo BARJA DE QUIROGA (coord.) *La imputación y defensa de la persona jurídica*, 1.ª ed., Aranzadi La Ley, Madrid 2025, pp. 279–281, estableciendo la necesidad de articular algún mecanismo de coordinación en los casos en que se produzca dicha simultaneidad, más aún si tenemos precisamente en cuenta las diferencias y lagunas que existen en la regulación de los procedimientos de ambos canales.

el no regulado, circunstancia que no concurre plenamente en este caso. El procedimiento seguido ante la AIPI constituye una actividad administrativa desarrollada por una autoridad pública independiente en ejercicio de potestades legalmente atribuidas, mientras que la investigación interna responde al ejercicio por una organización de sus facultades de control, supervisión y cumplimiento normativo. La distinta naturaleza jurídica de ambos mecanismos no avala la traslación automática al segundo de todas las previsiones diseñadas para el primero.

Ahora bien, lo anterior no implica ignorar el valor hermenéutico de dichos preceptos. Más bien al contrario, la propia sistemática de la Ley permite afirmar que los artículos 17 a 24 contienen una serie de principios procedimentales que reflejan el modelo de investigación considerado adecuado por el legislador para la gestión de las informaciones comprendidas en su ámbito de aplicación. En consecuencia, aun cuando tales disposiciones no resulten directamente aplicables a las investigaciones internas derivadas del canal interno, sí pueden desempeñar una relevante función integradora en aquellos aspectos en los que el legislador no ha proporcionado una regulación específica.

Así sucede, por ejemplo, con las causas de inadmisión de las comunicaciones. Aunque la Ley no establece expresamente que las entidades privadas puedan inadmitir denuncias por los mismos motivos previstos para la AIPI, difícilmente puede sostenerse que una organización esté obligada a investigar comunicaciones manifiestamente infundadas, carentes de contenido, referidas a hechos ajenos al ámbito material de la norma o que reproduzcan denuncias previamente investigadas sin aportar elementos nuevos. Del mismo modo, las previsiones relativas al contenido de las conclusiones de la investigación o a las distintas modalidades de terminación del procedimiento constituyen referencias particularmente útiles para la elaboración de protocolos internos dotados de un estándar mínimo de racionalidad, coherencia y seguridad jurídica.

Una lógica semejante puede proyectarse sobre el estatuto de la persona afectada. Aunque las investigaciones internas no constituyen procedimientos administrativos ni procedimientos sancionadores en sentido estricto, ello no significa que queden al margen de las exigencias derivadas del respeto de los derechos fundamentales. Antes al contrario, determinadas garantías reconocidas por la Ley encuentran su fundamento en principios cuya eficacia no desaparece por el mero hecho de que la investigación se desarrolle en el ámbito de una organización privada.

La propia sistemática de la Ley refuerza esta conclusión. Si bien algunas de estas garantías aparecen ya anticipadas en la regulación del SII contenida en el artículo 9 de la Ley, y se desarrollan posteriormente en el marco de las actuaciones ante la AIPI previstas en los artículos 17 a 24 de la Ley, el legislador ha optado por recogerlas de forma expresa y transversal en el artículo

39 de la Ley 2/2023[11]. La ubicación de este precepto, en un título autónomo y con vocación de aplicarse tanto a las comunicaciones tramitadas a través de canales internos como a las gestionadas por la AIPI, evidencia la existencia de un núcleo común de protección de la persona afectada que trasciende las particularidades de cada cauce procedimental.

En este sentido, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el acceso al expediente en los términos legalmente previstos, la protección de la identidad y la garantía de confidencialidad no pueden entenderse como meras reglas procedimentales vinculadas a una determinada modalidad de tramitación. Se trata, más bien, de manifestaciones específicas de principios y derechos de inequívoca relevancia constitucional que deben informar cualquier investigación interna susceptible de incidir de manera significativa en la posición jurídica de la persona afectada.

Desde esta perspectiva, la asimetría regulatoria que caracteriza a la Ley 2/2023 no obsta a que las previsiones diseñadas para la AIPI puedan servir como referencia para la configuración y desarrollo de las investigaciones internas derivadas del SII. Antes al contrario, dicha asimetría pone de manifiesto la necesidad de que las entidades elaboren protocolos de investigación propios, tomando como referencia tres fuentes complementarias: las reglas expresamente previstas para el funcionamiento del SII, las garantías sustantivas que la Ley reconoce a los sujetos implicados en la comunicación y, en fin, aquellos principios procedimentales establecidos para la actuación de la AIPI que puedan proyectarse razonablemente sobre las investigaciones internas de las entidades privadas.

Así, las organizaciones deben contar con protocolos de investigación interna que articulen de forma coherente estos elementos y los conviertan en reglas de actuación claras y previsibles. La existencia de un marco procedimental propio no solo favorece la eficacia de las investigaciones y refuerza la seguridad jurídica de todos los implicados, sino que también evita el riesgo de recurrir de forma selectiva a las previsiones aplicables a la AIPI, invocándolas cuando amplían o refuerzan determinadas facultades investigadoras, pero prescindiendo de ellas cuando imponen garantías, límites o exigencias adicionales. Un protocolo bien diseñado permite superar esta aproximación fragmentaria y asegurar que las investigaciones se desarrollen conforme a criterios estables, consistentes y respetuosos con los derechos e intereses de todas las personas afectadas.

2.2. Aplicabilidad ad extra

Aunque con frecuencia se dé por supuesto, una de las primeras cuestiones que debería plantearse toda organización antes de iniciar una investigación

11 Sobre este particular, *vid*. VILLEGAS GARCÍA y ENCINAR DEL POZO: 2025:277–278.

interna consiste en determinar en qué medida resulta aplicable la Ley 2/2023 cuando los hechos objeto de investigación han llegado a su conocimiento por una vía distinta del SII.

La pregunta no es baladí. La práctica demuestra que una parte significativa de las investigaciones internas no tiene su origen en una comunicación formal cursada a través del canal interno, sino en mecanismos alternativos de detección de irregularidades. Así sucede, por ejemplo, cuando los hechos son descubiertos en el marco de una auditoría interna, a través de controles financieros o de cumplimiento normativo, mediante requerimientos formulados por autoridades administrativas o judiciales o incluso a raíz de informaciones publicadas en medios de comunicación.

En tales supuestos surge una duda recurrente: si la información que origina la investigación no ha sido comunicada a través de los cauces específicamente previstos en la Ley 2/2023, ¿debe la organización tramitar la investigación con arreglo a las disposiciones de dicha norma?

La cuestión exige distinguir entre dos planos que en ocasiones aparecen confundidos en la práctica. Por un lado, el deber de investigar los indicios de irregularidad de los que tenga conocimiento la organización. Por otro, la aplicabilidad del régimen jurídico diseñado por la Ley 2/2023 para la gestión de informaciones y la protección de los informantes.

En primer lugar, la obligación de la persona jurídica de investigar posibles irregularidades no se puede identificar con la existencia de una denuncia formulada a través del canal interno. Las investigaciones internas no nacen en nuestro ordenamiento con la Ley 2/2023. Con anterioridad a su promulgación ya constituían una herramienta esencial de los modelos de organización y gestión previstos en el artículo 31 *bis* del Código Penal, en la medida en que la detección, verificación y reacción frente a posibles incumplimientos forman parte inherente de cualquier sistema eficaz de *compliance*[12].

En consecuencia, la verdadera cuestión no es si los hechos deben ser investigados, pues la existencia de indicios razonables de una irregularidad obliga a la organización a reaccionar con independencia de cuál haya sido la vía por la que haya tenido conocimiento de los mismos[13]. El problema

12 En relación con esta cuestión, cfr. Bernardo DEL ROSAL BLASCO, "El objetivo de los planes de prevención del delito", en BARJA DE QUIROGA (coord.) *La imputación y defensa de la persona jurídica,* 1.ª ed., Aranzadi La Ley, Madrid 2025, pp. 172–178.

13 Así lo pone también de manifiesto la Circular 1/2016, de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, cuando en su apartado 5.6 —criterios para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión—, refiere que la aportación al procedimiento de una investigación interna revela indiciariamente el compromiso ético de la sociedad.

reside, más bien, en determinar cuáles son las reglas que deben regir esa investigación cuando ésta no trae causa de una comunicación formal recibida a través del SII.

En mi opinión, la solución más adecuada consiste en que las organizaciones articulen un protocolo específico de investigaciones internas aplicable a toda investigación corporativa, con independencia de que su origen se encuentre en una comunicación recibida a través del SII, en una auditoría interna, en controles de cumplimiento, o en cualquier otra fuente legítima de conocimiento. Dicho protocolo debería incorporar, en cuanto a la gestión de la investigación, las exigencias mínimas previstas en el artículo 9 de la Ley 2/2023 y, en cuanto al estatuto de los intervinientes, las garantías y derechos que la norma reconoce tanto a la persona informante como a la persona afectada.

De este modo, se evita la coexistencia de distintos modelos investigadores dentro de una misma organización, sometidos a estándares de actuación y protección divergentes según el origen de la información o la naturaleza de la actuación investigadora. Además de generar inseguridad jurídica para los intervinientes, una solución de esta naturaleza podría comprometer la consistencia y la eficacia del propio sistema de cumplimiento.

Esta solución resulta, además, coherente con la interpretación defendida en el epígrafe anterior. El objetivo no es extender automáticamente la totalidad de las previsiones de la Ley 2/2023 a cualquier investigación interna, ni excluirlas por completo cuando los hechos hayan llegado a conocimiento de la organización por cauces distintos del SII. Lo verdaderamente relevante es que la entidad disponga de un marco investigador único, coherente y suficientemente garantista, que asegure la aplicación homogénea de los principios y derechos esenciales con independencia del origen de la información. Y ello no sólo por una cuestión de seguridad jurídica o de protección de derechos, sino de la propia credibilidad y eficacia del programa de cumplimiento: una organización difícilmente podrá sostener la idoneidad de su modelo de prevención si la investigación de las irregularidades queda sujeta a estándares distintos en función de cómo haya tenido conocimiento de los hechos.

3. LOS PLAZOS DE LA INVESTIGACIÓN INTERNA: ¿LÍMITE TEMPORAL REAL O GARANTÍA DE SEGUIMIENTO DE LA COMUNICACIÓN?

La regulación de los plazos constituye uno de los aspectos más problemáticos del régimen de investigaciones internas previsto en la Ley 2/2023. El artículo 9.2.d) de la Ley exige que el procedimiento de gestión de informaciones cuente con un plazo máximo para dar respuesta a las actuaciones de investigación que no podrá superar los tres meses desde la recepción de la

comunicación, admitiendo únicamente una ampliación adicional de hasta tres meses en supuestos de especial complejidad.

Esta previsión plantea dos cuestiones estrechamente relacionadas. La primera consiste en determinar cómo debe gestionarse una investigación cuando, conforme a la que parece la interpretación más natural del precepto, se asume que dicho plazo constituye un auténtico límite temporal para su conclusión. La segunda, más radical, obliga a preguntarse si el legislador quiso realmente imponer un plazo máximo de investigación o si, por el contrario, el objetivo de la norma es garantizar que el informante reciba información sobre el tratamiento dado a su comunicación dentro de un plazo razonable.

3.1. El plazo de tres meses como plazo máximo de investigación

Una interpretación literal del artículo 9 de la Ley conduce a entender que ésta impone que la investigación interna quede sustancialmente concluida en el plazo de tres meses desde la recepción de la comunicación. Bajo esta lectura, las actuaciones dirigidas a comprobar los hechos denunciados, recabar evidencias, entrevistar a las personas relevantes y formular conclusiones deberían desarrollarse dentro de dicho período.

El problema de esta interpretación es que, como bien sabemos todos aquellos que llevamos a cabo investigaciones internas, resulta difícilmente conciliable con la realidad de éstas. Si bien determinadas denuncias pueden ser resueltas en pocas semanas, las investigaciones de una mínima complejidad suelen requerir actuaciones incompatibles con semejante límite temporal. La revisión de documentación extensa, el análisis de correos electrónicos, la recuperación de evidencias digitales, la realización de numerosas entrevistas o la intervención de expertos externos son circunstancias habituales en investigaciones sobre fraude, corrupción, conflictos de interés o irregularidades contables, entre otros.

Es cierto que el legislador admite una ampliación de hasta tres meses adicionales cuando concurran supuestos de especial complejidad, pero eso resulta claramente insuficiente y, de nuevo, incompatible con la realidad de las investigaciones internas. Además, la Ley no define qué debe entenderse por "especial complejidad", ni establece criterios que permitan apreciar cuándo procede la ampliación. Esta ausencia de regulación obliga a efectuar una valoración casuística.

A mi juicio, debería entenderse que concurre especial complejidad, entre otros supuestos, cuando (i) la investigación afecta a una pluralidad significativa de personas; (ii) resulta necesario analizar un elevado volumen de documentación o datos electrónicos; (iii) intervienen filiales o entidades situadas en distintos países; (iv) es precisa la participación de peritos o expertos externos; (v) están involucrados como afectados altos cargos de la organiza-

ción; (vi) existen procedimientos judiciales o administrativos relacionados con los hechos investigados.

Además, la ampliación del plazo debería acordarse de forma expresa y documentada antes de la expiración del plazo inicial. A tal efecto, constituye una buena práctica que el responsable de la investigación emita una decisión formal en la que se identifiquen las circunstancias concretas que justifican la complejidad del asunto, las actuaciones pendientes de realizar y el tiempo estimado necesario para completarlas. Ello no sólo facilita la trazabilidad de la investigación, sino que proporciona una justificación objetiva frente a eventuales cuestionamientos posteriores.

Ahora bien, incluso la ampliación legal puede resultar insuficiente en determinados supuestos. Ello conduce a una cuestión que la Ley no regula, pero que comienza a ponerse en práctica: la posible suspensión del plazo.

No son infrecuentes los casos en los que la investigación queda temporalmente paralizada por circunstancias ajenas a quien la dirige. Así ocurre cuando la organización demora la entrega de documentación requerida por el investigador externo, cuando determinadas personas obstaculizan la práctica de entrevistas u otras diligencias de investigación, o cuando resulta necesario esperar la obtención de información procedente de terceros. La Ley contempla la ampliación del plazo con base en esa "especial complejidad", pero nada dice acerca de las situaciones de imposibilidad material de continuar investigando.

Desde una perspectiva práctica, resulta razonable entender que aquellos períodos en los que la investigación permanezca paralizada por circunstancias ajenas al equipo investigador no deben computarse a efectos del plazo máximo de duración de la investigación. En tales supuestos, el cómputo del plazo debería quedar suspendido mientras subsista la causa que impide el avance de las actuaciones y reanudarse una vez desaparecida esta. No obstante, la procedencia de esta suspensión exige que sus motivos se encuentren adecuadamente documentados, que se justifique la imposibilidad de continuar las actuaciones y que quede constancia del período exacto durante el cual la investigación permaneció suspendida. De este modo, la entidad podrá acreditar tanto la razonabilidad de la suspensión como la diligencia observada en el desarrollo de la investigación.

Finalmente, debemos plantearnos qué consecuencias produce el incumplimiento del plazo legal. La Ley 2/2023 no contempla la caducidad de la investigación, ni establece la nulidad de las actuaciones realizadas fuera de plazo, ni impone el archivo automático de la comunicación. El incumplimiento puede constituir un indicador de funcionamiento deficiente del sistema o incluso ser considerado por la autoridad competente en el ejercicio de sus facultades supervisoras, pero difícilmente puede sostenerse que

determine por sí solo la invalidez de la investigación o de las conclusiones alcanzadas. Una interpretación distinta conduciría a resultados difícilmente compatibles con la finalidad de esclarecimiento de los hechos perseguida por la propia norma[14].

3.2. El plazo de tres meses como garantía de seguimiento ante el informante

Las dificultades expuestas conducen a valorar una interpretación alternativa del artículo 9 de la Ley. En concreto, si el plazo de tres meses no estaría concebido principalmente como un límite máximo de duración de la investigación, sino como una garantía de seguimiento y respuesta frente al informante.

Esta interpretación encuentra apoyo en el artículo 9.1 f) de la Directiva, relativo a los canales internos de información, que no exige la conclusión de la investigación en el plazo de tres meses, sino la comunicación al informante de las medidas de seguimiento adoptadas o previstas respecto de la información remitida. Desde esta perspectiva, el elemento central no es la finalización de todas las actuaciones investigadoras dentro de un plazo predeterminado, sino garantizar que la comunicación reciba un tratamiento efectivo y que el informante sea informado de ello, evitando así situaciones de inactividad o abandono de la investigación[15].

Bajo esta lectura, el plazo de tres meses funcionaría como plazo para la comunicación al informante del seguimiento dado a la información recibida. La organización debería ofrecer una respuesta sobre el tratamiento de la comunicación y las actuaciones emprendidas o previstas como consecuencia de ella, sin que resulte necesario que la investigación haya quedado completamente concluida dentro de dicho plazo.

Esta interpretación presenta importantes ventajas prácticas. Permite compatibilizar la finalidad protectora de la Ley con la realidad de investigaciones

---

14 Lo anterior no obsta a la posibilidad de que entre en juego el régimen de infracciones previsto en la Ley 2/2023. Así, si el retraso responde a una actuación negligente, injustificadamente dilatoria o carente de una justificación objetiva, no puede descartarse su eventual encaje en las conductas consistentes en impedir, frustrar o ralentizar el seguimiento de las informaciones a las que se refiere el artículo 63.1 a) de la Ley 2/2023. De no encajar en dicho precepto, siempre podría subsumirse en la cláusula general prevista en el artículo 63.3.c) de la Ley, relativa a la vulneración de las demás garantías y derechos establecidos en la ley.

15 Además, la Directiva define el concepto de "seguimiento" como toda actuación destinada a evaluar la exactitud de las alegaciones formuladas y, en su caso, afrontar la infracción denunciada, lo que pone el acento en la existencia de una actuación efectiva frente a la comunicación, más que en la completa finalización de la investigación dentro del plazo de tres meses.

que, por su complejidad, requieren períodos superiores a los contemplados legalmente. Asimismo, evita que la presión derivada del cumplimiento formal de los plazos comprometa la calidad de las actuaciones investigadoras o conduzca a conclusiones prematuras.

No obstante, tampoco esta tesis está exenta de dificultades. La literalidad del artículo 9 de la Ley 2/2023, a diferencia de la Directiva, vincula de forma principal el plazo a las actuaciones de investigación. Además, la propia Ley contempla expresamente una ampliación por especial complejidad, previsión que, en mi opinión, debería tener un alcance más reducido si el plazo se refiriera únicamente a la obligación de informar.

Probablemente la solución más equilibrada consista en entender que el plazo, aun operando como una exigencia de diligencia en la tramitación de la investigación, cumple a su vez una función predominantemente garantista respecto del informante. Desde esta perspectiva, la organización debería procurar concluir las actuaciones dentro del plazo legal siempre que ello sea razonablemente posible, pero la eventual necesidad de prolongar investigaciones complejas no debería considerarse incompatible con la finalidad de la norma cuando exista una adecuada justificación de las razones que motivan dicha prolongación y el informante esté oportunamente informado sobre el estado de tramitación de su comunicación.

Desde una perspectiva de *lege ferenda*, resultaría aconsejable una reforma del artículo 9 de la Ley que, en primer lugar, abandonara la actual configuración rígida del plazo y adoptara un modelo más flexible, inspirado en sistemas ya conocidos por nuestro ordenamiento procesal. En este sentido, podría valorarse una regulación similar a la prevista en el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, articulando un plazo inicial más amplio y permitiendo sucesivas prórrogas —quizá con un máximo— acordadas de forma motivada cuando la complejidad de la investigación así lo justificara.

En todo caso, una flexibilización de los plazos no debe traducirse en situaciones de incertidumbre prolongada para el informante ni en la ausencia de una respuesta dentro de un tiempo razonable. Por el contrario, cualquier ampliación temporal debería ir acompañada de mecanismos que garanticen que la comunicación continúa siendo objeto de seguimiento efectivo y que el informante recibe, en los términos previstos legalmente, información suficiente sobre el curso dado a su comunicación y sobre su resultado, sin que ello implique, no obstante, reconocerle facultades de participación o acceso al contenido de la investigación, cuestión a la que me referiré más adelante en el presente trabajo[16].

16 La Ley 2/2023 garantiza que quien comunica una infracción reciba información sobre el tratamiento dispensado a su comunicación y quede protegido frente a represalias. Sin embargo, como veremos, dicha protección no implica el reconocimiento de una posición equiparable a la de una parte interesada en la investigación.

En segundo lugar, una futura reforma debería precisar qué supuestos integran la "especial complejidad" que permite acordar la prórroga, proporcionando criterios objetivos que eliminen la incertidumbre actualmente existente. Del mismo modo, sería conveniente prever expresamente un régimen de suspensión de la investigación para aquellos supuestos en los que ésta no pueda avanzar por causas ajenas a la voluntad de la organización, tales como la pendencia de actuaciones judiciales o administrativas, la imposibilidad temporal de acceder a información relevante u otro tipo de situaciones equiparables.

En definitiva, si la finalidad de la Ley 2/2023 es garantizar investigaciones eficaces y respetuosas con los derechos de todas las personas afectadas, el legislador debería abandonar una concepción excesivamente rígida de los plazos y sustituirla por un sistema que combine flexibilidad investigadora, control de la duración y adecuada información al denunciante. Sólo así podrá alcanzarse un equilibrio razonable entre la necesidad de evitar investigaciones indefinidas y la exigencia de que éstas se desarrollen con el rigor que demandan los asuntos de mayor complejidad.

4. INVESTIGACIONES INTERNAS Y SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS

La Ley 2/2023 configura la figura del Responsable del Sistema dotando a dicha figura de las condiciones de imparcialidad y objetividad necesarias para el ejercicio de sus funciones. El artículo 8 de la Ley exige en su apartado 4 que el Responsable del Sistema ejerza sus funciones con plena autonomía e independencia respecto de los restantes órganos de la entidad, sin recibir instrucciones de ningún tipo y debiendo disponer de todos los medios personales y materiales para llevar a cabo su función.

A los efectos de la presente discusión, particular atención merece el apartado 5 del artículo citado, conforme al cual, en el ámbito privado, el Responsable del Sistema debe ser un directivo que desempeñe su cargo con independencia del propio órgano de administración o de gobierno, añadiendo además el precepto que se tratará en todo caso de evitar posibles situaciones de conflicto de interés.

Sin embargo, la norma no contiene reglas específicas sobre abstención, sustitución o reasignación de competencias para los supuestos en que esa independencia, por unas u otras razones, no llegue a producirse en la práctica. Esta ausencia resulta particularmente llamativa si se tiene en cuenta que las investigaciones sobre directivos, administradores o responsables de cumplimiento constituyen precisamente algunos de los escenarios de mayor riesgo y complejidad. Baste pensar en una denuncia dirigida contra el CEO o contra miembros del órgano de administración cuando el Responsable del Sistema mantiene con ellos una relación de dependencia jerárquica directa; en el escenario, más grave

aún, en que existen indicios de participación o connivencia del propio Responsable en los hechos denunciados; o, en fin, en el supuesto igualmente problemático en que son los propios miembros del SII quienes resultan denunciados, sin que conste implicación alguna de la dirección de la entidad.

Concurre, en estos casos, una auténtica captura o usurpación de la función de control, entendida como aquella situación en la que las estructuras diseñadas para garantizar la imparcialidad de la investigación resultan, a su vez, afectadas por el conflicto que deben gestionar. No se trata simplemente de la existencia de una persona afectada por un conflicto de interés, sino de una situación en la que los propios mecanismos llamados a gestionarlo se encuentran igualmente comprometidos.

La Ley 2/2023 no contempla expresamente esta hipótesis. De ahí que surja una cuestión particularmente relevante desde una perspectiva práctica: cuando el Responsable del Sistema y los órganos de *compliance* no pueden garantizar una investigación independiente, ¿quién conserva la competencia para adoptar las decisiones necesarias para asegurar una investigación objetiva, incluida la eventual externalización de esta?

4.1. La competencia residual del órgano de administración y las exigencias derivadas del modelo de compliance penal

La respuesta a esta cuestión debe construirse mediante una interpretación sistemática que integre las disposiciones de la Ley 2/2023, las reglas del derecho de sociedades y los principios que inspiran el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas previsto en el artículo 31 *bis* del Código Penal.

La atribución de funciones al Responsable del Sistema o a los órganos de *compliance* no puede interpretarse como una transferencia plena y absoluta de las responsabilidades de supervisión que corresponden al órgano de administración, exenta de excepción alguna. Se trata, más bien, de una delegación funcional destinada a facilitar la gestión ordinaria del sistema de cumplimiento, sin que ello altere la responsabilidad última de los administradores respecto de su adecuado funcionamiento. Ahora bien, la intensidad con que esta responsabilidad última debe activarse no es uniforme, sino que depende de la posición que ocupe, respecto de los hechos investigados, el propio órgano de *compliance*.

Nos enfrentamos, por tanto, a dos escenarios problemáticos[17]. Por una parte, aquellos supuestos en los que el Responsable del Sistema o el órga-

17 Existe lógicamente un tercer escenario, cuando el denunciado es un miembro del órgano de administración, pero el órgano de *compliance* goza de independencia efectiva respecto de él. En estos casos el régimen ordinario de la Ley 2/2023 no plantea disfunción alguna: el Responsable del Sistema puede y debe instruir la

no de *compliance* se encuentran en una posición de dependencia jerárquica respecto del denunciado —sin que conste su implicación personal en los hechos—. En estos casos el problema no reside en la conducta del Responsable, sino en un defecto estructural de diseño que compromete, al menos en apariencia, la independencia exigida por el artículo 8.5 de la Ley 2/2023.

Por otra parte, podemos encontrarnos con situaciones en las que el órgano de *compliance* o el Responsable del Sistema no solo carezcan de independencia jerárquica, sino que se encuentren personalmente implicados en los hechos investigados —hasta el punto de poder llegar a ostentar la condición de afectado bien la persona física que ejerza la función de Responsable, en caso de tratarse de un órgano unipersonal, bien quienes integren dicho órgano si se trata de un órgano colegiado—. En tales casos, el problema deja de situarse en el plano de las garantías de independencia y pasa a afectar a la propia legitimidad del órgano investigador para intervenir en el procedimiento, circunstancia que exige la adopción de medidas organizativas excepcionales destinadas a preservar la objetividad y credibilidad de la investigación.

En ambos escenarios adquiere particular relevancia el régimen societario sobre conflictos de interés de los administradores. En particular, cuando la denuncia afecte a uno o varios miembros del órgano de administración, los artículos 228 e) y 229 de la Ley de Sociedades de Capital obligan a aquéllos a abstenerse de intervenir en deliberaciones o decisiones respecto de las cuales mantengan un interés personal directo o indirecto. En consecuencia, dichos administradores deberán quedar al margen de cualquier decisión relacionada con la investigación.

Ahora bien, la existencia de un conflicto de interés en alguno de los administradores no ha de implicar, necesariamente, la anulación de las facultades del Responsable del Sistema ni el desplazamiento íntegro de la instrucción hacia el órgano de administración. En aquellos supuestos en los que el problema se limite a una insuficiente independencia estructural del Responsable del Sistema o del órgano de *compliance* respecto del denunciado, puede bastar con reforzar los mecanismos de supervisión de la investigación, ya sea mediante la validación de sus conclusiones por la comisión de auditoría, ya mediante la incorporación de un tercero independiente que acompañe el proceso investigador, siempre que ello resulte suficiente para disipar cualquier duda razonable sobre su objetividad.

Distinta es la situación cuando el propio Responsable del Sistema o los integrantes del órgano de *compliance* se encuentran afectados por el conflicto investigado. En tal caso, la lógica de abstención propia del régimen

---

investigación con normalidad, sin que la sola condición del denunciado justifique la intervención excepcional del consejo de administración de la entidad.

societario debe proyectarse también sobre ellos. En consecuencia, tanto los miembros del órgano de administración afectados por la denuncia como el propio Responsable del Sistema implicado deberán abstenerse de intervenir en cualquier decisión relacionada con la investigación, que pasará a ser asumida por los administradores no afectados por el conflicto y, en su caso, por la comisión de auditoría u otro órgano independiente de supervisión previsto en la estructura de gobierno de la entidad, siempre que respecto de este último no concurra, a su vez, una situación de conflicto equiparable.

El órgano de administración conserva así una función de garantía, de carácter residual y extraordinaria destinada a asegurar la continuidad y objetividad de la investigación cuando el régimen ordinario de funcionamiento del SII previsto por la Ley 2/2023 no puede operar adecuadamente por encontrarse comprometido el propio órgano encargado de su gestión. No se trata de sustituir dicho régimen, sino de preservar su efectividad precisamente en aquellos supuestos en los que resulte materialmente inaplicable.

Esta conclusión adquiere una importancia aún mayor desde la perspectiva del *compliance* penal. La independencia de la investigación interna no constituye únicamente una exigencia de buena práctica corporativa ni una mera garantía procedimental vinculada al correcto funcionamiento del SII. Se trata, además, de una condición estrechamente relacionada con los presupuestos de eficacia del modelo organizativo contemplado en el artículo 31 *bis* del Código Penal.

En efecto, desde el momento en que el legislador condiciona la exención o atenuación de responsabilidad penal a la existencia y eficaz funcionamiento de modelos de organización y gestión adecuados para prevenir y detectar delitos, la investigación interna se convierte en uno de los instrumentos esenciales para acreditar la efectividad real del programa de cumplimiento. No basta con disponer formalmente de un canal de información o de una política interna de investigaciones. Resulta imprescindible que la organización sea capaz de activar esos mecanismos de manera objetiva e independiente cuando surjan indicios de irregularidad, y de reaccionar de forma proporcionada según el grado de compromiso que afecte a sus propios órganos de control.

Esta idea aparece claramente reflejada en la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, que identifica la autonomía y la independencia de los órganos encargados de la supervisión y control del modelo como elementos determinantes para valorar la eficacia de un programa de *compliance*. La Fiscalía advierte expresamente que la mera existencia formal de protocolos y procedimientos resulta insuficiente si los mecanismos de control carecen de capacidad real para actuar frente a infracciones cometidas dentro de la organización, especialmente cuando éstas afectan a personas con poder de dirección o decisión. En la misma línea, la jurisprudencia del Tribunal Su-

premo[18] ha insistido en que la valoración de los programas de cumplimiento no puede realizarse desde una perspectiva meramente documental o formalista, sino atendiendo a su funcionamiento efectivo.

Desde esta perspectiva, la capacidad de la organización para investigar de manera objetiva e imparcial constituye un indicador esencial de la autenticidad de la cultura de cumplimiento implantada en la empresa. Un sistema que tolera, sin corrección, una dependencia jerárquica como la descrita, revela ya una debilidad de diseño que conviene subsanar; pero un sistema que, además, permite la interferencia de los propios sujetos investigados —o de un órgano de control implicado en los hechos— en el desarrollo de la investigación, difícilmente podría considerarse como un modelo idóneo para la prevención y detección de delitos. En tales supuestos, la ausencia de independencia no compromete únicamente la validez y credibilidad de la investigación concreta, sino que puede proyectar dudas sobre la eficacia global del modelo de cumplimiento y, en última instancia, sobre la capacidad de la persona jurídica para invocar las consecuencias eximentes o atenuadoras previstas en el artículo 31 *bis* del Código Penal.

4.2. La paradoja del artículo 9.2.g): los límites de la regla de reenvío

Los problemas descritos se manifiestan con especial claridad en la aplicación del artículo 9.2.g) de la Ley 2/2023. El precepto establece que toda comunicación recibida por canales distintos de los formalmente previstos o por personas no responsables de su gestión deberá remitirse inmediatamente al Responsable del Sistema.

La finalidad de esta previsión es evidente. La norma persigue centralizar la gestión de las comunicaciones, preservar su confidencialidad y garantizar que las denuncias sean tratadas por la instancia específicamente designada para ello. Sin embargo, una aplicación estrictamente literal del precepto puede producir resultados incompatibles con los propios fines que la ley pretende alcanzar.

En efecto, cuando existan motivos razonables para considerar que el Responsable del Sistema está afectado por un conflicto de interés relevante o incluso implicado en los hechos denunciados, la remisión automática de la comunicación a dicho responsable deja de operar como una garantía de confidencialidad para convertirse en un factor de riesgo para ésta. La consecuencia sería paradójica: el mecanismo concebido para proteger la integridad del procedimiento obligaría a devolver la denuncia precisamente a la persona cuya imparcialidad ha sido puesta en cuestión.

---

18 *Vid*. por todas, SSTS 154/2016 de 29 de febrero, 221/2016 de 16 de marzo y 316/2018 de 28 de junio.

Por ello, la obligación de reenvío prevista en el artículo 9.2.g) no puede interpretarse de manera aislada, sino en conexión con el artículo 8 de la propia Ley 2/2023. La remisión al Responsable del Sistema presupone necesariamente que este reúna las condiciones de independencia y autonomía exigidas por la normativa. Cuando tales condiciones no concurren, la interpretación teleológica del precepto conduce a entender que la comunicación debe dirigirse a la instancia que pueda asumir legítimamente la función de garantía atribuida al Responsable del Sistema.

La misma conclusión se alcanza desde la perspectiva societaria. Los consejeros no afectados por el conflicto se encuentran sujetos al deber de diligencia consagrado en el artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital. Si disponen de elementos objetivos que permiten cuestionar la independencia del destinatario ordinario de la comunicación, difícilmente podría considerarse diligente entregar información particularmente sensible a quien presenta un riesgo evidente de parcialidad.

En consecuencia, el consejo de administración o los consejeros no afectados por el conflicto que deciden activar mecanismos extraordinarios de supervisión en lugar de remitir automáticamente la denuncia al Responsable del Sistema no estarían infringiendo el artículo 9.2.g). Por el contrario, estarían adoptando las medidas necesarias para preservar la independencia, la confidencialidad y la integridad de la investigación cuando concurren circunstancias que comprometen el funcionamiento ordinario del Sistema.

Cabría sostener, incluso, la lectura inversa: remitir la comunicación a una persona cuya independencia se encuentra seriamente comprometida puede poner en riesgo precisamente la confidencialidad que el artículo 9.2.g) de la Ley pretende proteger. En tales casos, una aplicación puramente formal de la regla competencial acabaría produciendo un resultado contrario a la finalidad de la norma.

4.3. La necesidad de prever ex ante los escenarios de captura institucional

Como hemos visto, los problemas más complejos surgen cuando el conflicto de interés alcanza a quienes deberían dirigir o supervisar la investigación. En esos casos, las lagunas de la Ley 2/2023 se hacen especialmente evidentes, pues resulta necesario identificar qué órgano o persona conserva la independencia necesaria para asumir la conducción de las actuaciones.

Por ello, resulta aconsejable que las políticas reguladoras del SII incorporen mecanismos específicos para los supuestos en los que la propia función de control pueda verse comprometida. La prevención de estas situaciones forma parte de la propia obligación de diseñar un sistema eficaz, capaz de reaccionar precisamente en aquellos escenarios en los que las estructuras ordinarias de supervisión resultan insuficientes.

En mi opinión, toda política reguladora del SII debería contemplar, como mínimo, tres cuestiones. En primer lugar, mecanismos ordinarios de abstención y sustitución para los conflictos de interés habituales. En segundo lugar, reglas específicas para aquellos supuestos en los que el conflicto alcance a la alta dirección, al Responsable del Sistema o a la función de *compliance*, atribuyendo expresamente la supervisión de la investigación a la comisión de auditoría o a los consejeros no afectados. Y, finalmente, alguna cláusula de salvaguarda que impida que las normas ordinarias de competencia puedan ser utilizadas por las propias personas afectadas para mantener el control de una investigación que les concierne.

En este contexto, la externalización de la investigación adquiere una relevancia especial. Cuando existen dudas razonables sobre la independencia del Responsable del Sistema, del *compliance officer* o de cualquier otro órgano interno llamado a dirigir las actuaciones, la designación de un investigador externo no constituye solamente una alternativa organizativa entre otras posibles. Es, de hecho, la única vía capaz de preservar la credibilidad de la investigación y de evitar cuestionamientos posteriores sobre la objetividad de sus conclusiones.

La capacidad de una organización para investigar de forma independiente aquellas conductas que afectan a sus máximos responsables constituye un indicador especialmente significativo de la eficacia real de su modelo de cumplimiento. En este sentido, la independencia de la investigación no es una cuestión accesoria ni una mera formalidad procedimental: forma parte de los propios presupuestos que permiten valorar si el sistema de *compliance* funciona de manera efectiva[19].

En consecuencia, resulta imprescindible anticipar las situaciones susceptibles de comprometer la imparcialidad del sistema de investigación. La eficacia de las reglas sobre conflictos de interés no depende únicamente de su capacidad para gestionar situaciones ordinarias, sino de que contemplen mecanismos alternativos para aquellos casos en los que el órgano llamado a controlar e investigar se encuentre, a su vez, afectado por el conflicto investigado.

5. CONFIDENCIALIDAD E IDENTIFICACIÓN DEL INFORMANTE EN LAS INVESTIGACIONES INTERNAS

Uno de los pilares fundamentales del sistema de protección del informante es la garantía de confidencialidad de su identidad, admitiéndose, de hecho, la denuncia anónima[20]. Tanto la Directiva como la Ley 2/2023 parten de

19 Esta solución resulta, además, coherente con los criterios que la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado proyecta sobre los modelos de cumplimiento.

20 En relación con la figura del denunciante anónimo, cfr. SÁEZ LARA: 2023: 64–65

la premisa de que la eficacia de los canales internos de información depende, en gran medida, de la confianza de los potenciales informantes en que su colaboración no les expondrá a represalias ni a consecuencias adversas dentro de la organización[21].

A este respecto, hay dos cuestiones que suscitan constantes problemas en la práctica de las investigaciones internas. Por un lado, aquellos supuestos en los que el relato de los hechos favorece la averiguación de la identidad del informante; por otro lado, la necesidad de buscar un adecuado equilibrio entre el deber de confidencialidad de la identidad del informante y el derecho de defensa del afectado. A estas cuestiones me referiré a continuación.

5.1. La identificación del denunciante por el contexto de los hechos

En relación con la primera cuestión apuntada, la práctica de las investigaciones internas demuestra que la efectividad de esta garantía encuentra límites evidentes con independencia de la diligencia desplegada por la organización. No son infrecuentes los supuestos en los que, aun observando los más elevados estándares de diligencia, la identidad del informante puede llegar a ser deducida por la persona afectada, así como por otros terceros con conocimiento indirecto del expediente, a partir de las propias circunstancias del caso. La dificultad se aprecia con especial intensidad en situaciones de acoso, abuso de autoridad o conflictos jerárquicos en las que el informante mantiene una relación directa de dependencia respecto de la persona denunciada[22], o cuando los hechos comunicados se refieren a conversaciones privadas, reuniones restringidas o episodios presenciados exclusivamente por un número muy reducido de personas.

Esta circunstancia obliga a diferenciar entre la obligación de confidencialidad impuesta a la organización y la posibilidad real de impedir la identificación del informante. La Ley exige que la identidad del informante no sea revelada a terceros no autorizados. Cuestión distinta es que pueda garanti-

---

y José LEÓN ALAPONT: "Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: a propósito de los *compliances*" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22–04, 2020, pp. 5–6. La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha reconocido en su sentencia 35/2020, de 6 de febrero, la validez de las denuncias anónimas como medio para poner en conocimiento de la empresa la comisión de posibles irregularidades.

21 Artículo 16 de la Directiva y artículos 33 y concordantes de la Ley 2/2023.

22 Si bien excede los límites del presente trabajo, resulta muy interesante la reflexión realizada por Javier MIRANZO DÍAZ en "Problemas conceptuales del ámbito objetivo y subjetivo de la Ley de Protección del Informante", *Revista de Derecho UNED*, núm. 37, 2026, pp. 155–156 sobre este tipo de situaciones y su posible configuración como conflictos interpersonales, excluidos del ámbito de aplicación de la norma a tenor de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 2/2023.

zarse en todo caso que dicha identidad no llegue a ser deducida a partir de las características del asunto investigado.

Desde esta perspectiva, la obligación empresarial de proteger la identidad del informante debe ser entendida como una obligación de medios reforzada y no como una obligación de resultado. Lo que, en mi opinión, la Ley exige a la organización, es la adopción de todas las medidas razonablemente disponibles para preservar la confidencialidad de la información y minimizar el riesgo de identificación —limitación de acceso al expediente, anonimización de documentos, restricción de la circulación de información sensible, entre otros—, no la garantía de un resultado que, en determinados supuestos, escapa a su control.

En consecuencia, cuando la identificación se produce pese a haberse observado estas medidas, no debería apreciarse, por ese solo hecho, un incumplimiento del deber legal de confidencialidad[23]. Sólo cuando la identificación sea consecuencia de una gestión negligente del expediente, de la difusión indebida de información o de la ausencia de medidas adecuadas de protección, procedería la concurrencia de tal incumplimiento.

5.2. La tensión entre la obligación de confidencialidad y el derecho de defensa del afectado

La cuestión adquiere una complejidad distinta, y mucho más aguda, cuando la fuente del riesgo de identificación deriva del correcto cumplimiento de otra obligación legal: la de garantizar el derecho de defensa de la persona afectada[24]. El afectado debe conocer los hechos que se le atribuyen y disponer de una oportunidad real para formular alegaciones y aportar los elementos de descargo que estime oportunos. Una investigación desarrollada al margen de estas exigencias correría el riesgo de convertirse en un procedimiento incompatible con los estándares mínimos de contradicción y defensa también exigibles en el ámbito de las investigaciones corporativas.

---

23 La cuestión no es baladí, pues no podemos olvidar, a este respecto, que el artículo 63.1 c) de la Ley considera infracción muy grave la vulneración de las garantías de confidencialidad y anonimato previstas en la Ley, así como cualquier acción u omisión tendente a revelar la identidad del informante cuando este haya optado por el anonimato. Este tipo de infracción lleva aparejada, de conformidad con el artículo 65 de la Ley, multas de hasta 300.000 € si es una persona física quien comete la infracción, y de hasta 1.000.000 € si fuera una persona jurídica.

24 Sobre la dimensión procesal de la cuestión, cfr. Jordi GIMENO BEVIÁ; "Aspectos procesales de la Ley 2/2023 de protección al informante: algunas cuestiones sin resolver tras un año de su entrada en vigor", en *Lex Criminalis*, núm. 5, marzo 2024, pp. 31–34; y María de los Ángeles VILLEGAS GARCÍA y Miguel Ángel ENCINAR DEL POZO; "Los derechos de la organización y de los investigados en las investigaciones internas. Cuestiones para el debate", en *La Ley Compliance Penal*, núm. 8, 2022.

Ahora bien, el derecho de defensa no comprende ni puede avalar un derecho a conocer la identidad de quien formuló la comunicación. El conocimiento de los hechos imputados y el acceso a los elementos esenciales de la acusación constituyen presupuestos del derecho de defensa, pero la identidad de quien puso inicialmente los hechos en conocimiento de la organización no forma parte del contenido esencial de ese derecho.

La dificultad práctica reside en que ambos planos no siempre resultan fácilmente separables. Cuanto más concreta y detallada deba ser la información suministrada al investigado para garantizar una defensa efectiva, mayor será el riesgo de que pueda deducir quién ha proporcionado la información. Nos encontramos así ante una tensión estructural entre dos intereses jurídicos igualmente legítimos, que exige a la organización sustentar las conclusiones de la investigación en un soporte probatorio suficiente —sea documental o testifical—, evitar referencias personales innecesarias en el trámite de audiencia, generalizar fechas y circunstancias siempre que ello sea compatible con el ejercicio efectivo de la defensa, y limitar la divulgación a lo estrictamente imprescindible.

Cuando, pese a la aplicación de estas cautelas, la identificación del informante llega a producirse como efecto colateral del cumplimiento del derecho de defensa, no procede afirmar sin más una vulneración del deber de confidencialidad.

A diferencia de lo que sucede en el supuesto examinado en el apartado anterior, donde el riesgo de identificación deriva de las propias circunstancias fácticas del asunto investigado, la eventual identificación encuentra aquí su origen en la necesidad de facilitar al afectado información suficiente para ejercer adecuadamente su defensa. Por ello, la actuación empresarial debería reputarse conforme al deber de confidencialidad siempre que la información facilitada al investigado haya sido estrictamente necesaria para permitir el ejercicio efectivo de su derecho de defensa y la organización haya evitado toda revelación adicional que no resultara indispensable a tal fin. La clave no reside, por tanto, en determinar si el afectado terminó identificando al informante, sino en comprobar si dicha identificación fue consecuencia de una revelación evitable de información o de la comunicación de aquellos extremos imprescindibles para hacer efectivo su derecho de defensa.

6. EL INFORMANTE Y LOS LÍMITES DE SU PARTICIPACIÓN EN LA INVESTIGACIÓN

La posición jurídica del informante constituye una de las cuestiones más delicadas que plantea el régimen instaurado por la Ley 2/2023. La norma persigue incentivar la comunicación de irregularidades mediante un amplio sistema de protección frente a represalias y mediante el reconocimiento de

determinados derechos de información y seguimiento[25]. Sin embargo, la atribución de tales garantías no permite responder automáticamente a una cuestión distinta: cuál es el lugar que ocupa el informante dentro de la investigación interna una vez presentada la comunicación.

La respuesta reviste una importancia práctica evidente. De ella dependen aspectos tan relevantes como el acceso a la información generada durante la investigación, el conocimiento de las actuaciones practicadas o el grado de control que puede ejercerse sobre las decisiones adoptadas por la organización. En este contexto, existe el riesgo de identificar protección del informante con participación en la investigación, cuando ambas cuestiones responden a finalidades distintas y no necesariamente coincidentes.

6.1. La ausencia en el informante de la condición de interesado

La pregunta acerca de si el informante ostenta la condición de interesado no es meramente terminológica. En realidad, obliga a determinar si quien comunica una posible infracción adquiere una posición jurídica semejante a la reconocida a las partes en los procedimientos administrativos o judiciales. A mi juicio, la respuesta debe ser negativa.

La Ley 2/2023 reconoce al informante un conjunto relevante de derechos destinados a garantizar la efectividad de los sistemas internos de información y a proteger a quienes colaboran en la detección de irregularidades. Sin embargo, ninguno de dichos derechos permite afirmar que el denunciante pase a convertirse, por ese solo hecho, en titular de una posición equiparable a la del interesado en un procedimiento administrativo.

La diferencia responde a la propia naturaleza de la investigación interna. Mientras que la figura del interesado se construye tradicionalmente sobre la existencia de un derecho o interés legítimo susceptible de verse afectado por la decisión final, la investigación interna persigue una finalidad distinta. Su objeto no consiste en resolver una controversia jurídica entre partes ni en reconocer o negar pretensiones individuales, sino en esclarecer unos hechos potencialmente irregulares y permitir que la organización adopte las medidas que resulten procedentes.

Desde esta perspectiva, el informante actúa fundamentalmente como una fuente de conocimiento de los hechos investigados. Puede aportar documentación, facilitar explicaciones complementarias o colaborar activamente con quienes desarrollan la investigación. Sin embargo, dicha colaboración no altera la naturaleza de su posición jurídica ni lo convierte en

25 Cfr. María GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ; "Los derechos de los denunciados en las investigaciones internas de empresas" en *Diario La Ley*, núm. 10618.

titular de facultades de dirección, supervisión o control sobre las actuaciones investigadoras.

La investigación se desarrolla en interés de la organización y del correcto funcionamiento del sistema de cumplimiento, no en interés particular del informante. Precisamente por ello, la decisión acerca de las actuaciones a practicar, la valoración de las evidencias obtenidas y las conclusiones alcanzadas corresponde exclusivamente a quienes tienen atribuida la función investigadora.

6.2. El alcance de los derechos de información del informante

La ausencia de la condición de interesado tiene una consecuencia inmediata: delimita el alcance de los deberes de información que incumben a la organización.

La Ley 2/2023 garantiza que el informante sea informado de determinados hitos esenciales de la tramitación. Entre ellos se encuentran la recepción de la comunicación, la admisión o inadmisión de ésta, el seguimiento dispensado a la información recibida y el resultado final de las actuaciones, ya sea mediante el archivo de la comunicación, la adopción de medidas internas o la remisión de los hechos a las autoridades competentes.

Ahora bien, el reconocimiento de estos derechos no equivale a la atribución de un derecho general de acceso al contenido de la investigación.

Precisamente porque el informante no constituye una parte dentro del procedimiento investigador, carece de un derecho a conocer el detalle de las diligencias practicadas, las declaraciones obtenidas, los documentos incorporados al expediente, las hipótesis manejadas por los investigadores o las medidas eventualmente adoptadas respecto de terceras personas. La comunicación de esta información podría entrar en conflicto con exigencias fundamentales de confidencialidad, con la protección de datos personales y con la propia salvaguarda de los derechos de defensa y de la presunción de inocencia de las personas afectadas.

A ello se añade una consideración práctica de indudable relevancia. Una vez comunicada determinada información al informante, ésta escapa por completo al control de la organización. Las filtraciones a terceros, la difusión pública de datos sensibles o la utilización estratégica de la información obtenida constituyen riesgos que no pueden considerarse meramente hipotéticos.

Por ello, la solución más equilibrada consiste en entender que el deber de información debe satisfacerse mediante la comunicación de los principales hitos procedimentales y del resultado de la investigación, sin que ello implique proporcionar un conocimiento detallado de su desarrollo interno. El informante debe saber que su comunicación ha sido recibida, que está

siendo tramitada y cuál ha sido la respuesta finalmente adoptada por la organización. Fuera de esos límites, prevalecen las exigencias derivadas de la confidencialidad de la investigación y de la protección de los derechos e intereses concurrentes.

6.3. Los riesgos de una concepción cuasi procesal del informante

Las consideraciones anteriores permiten dar un paso adicional. La negativa a reconocer al informante la condición de interesado no constituye únicamente una consecuencia interpretativa derivada del silencio de la Ley 2/2023. Responde también a una razón funcional estrechamente vinculada a la naturaleza de las investigaciones internas.

En ocasiones puede defenderse que una protección efectiva del informante exigiría reconocerle facultades más amplias de participación, acceso al expediente o seguimiento de las actuaciones. Sin embargo, una solución de esta naturaleza no está exenta de riesgos.

En primer lugar, podría comprometer la confidencialidad de la propia investigación y dificultar la protección de los datos personales de quienes intervienen en ella. En segundo lugar, incrementaría las tensiones con los derechos de defensa de las personas afectadas. Pero, sobre todo, introduciría el riesgo de transformar la investigación interna en un procedimiento articulado alrededor de los intereses particulares del denunciante, desdibujando la finalidad que justifica su existencia.

Debe recordarse que la Ley 2/2023 no pretende crear un mecanismo de satisfacción de pretensiones individuales, sino favorecer la detección temprana de infracciones y reforzar la capacidad de reacción de las organizaciones frente a conductas irregulares. La protección del informante constituye un instrumento para alcanzar ese objetivo, no un fin autónomo ni una vía para atribuirle una posición privilegiada dentro de la investigación.

Desde esta perspectiva, la posición jurídica del informante podría definirse como la de un sujeto especialmente protegido, pero no como la de una parte de la investigación. La garantía frente a represalias, la preservación de la confidencialidad de su identidad y el derecho a recibir información sobre el tratamiento dispensado a la comunicación constituyen mecanismos destinados a favorecer la colaboración con el sistema de cumplimiento, no facultades dirigidas a controlar o condicionar el desarrollo de la actividad investigadora.

Mantener esta distinción resulta esencial para preservar el equilibrio sobre el que descansa todo el modelo diseñado por la Ley 2/2023. La eficacia de las investigaciones internas depende de la capacidad de compatibilizar la protección del informante, la independencia de quienes investigan y el respeto de los derechos de las personas afectadas. Atribuir al informante una

posición equiparable a la de una parte podría alterar significativamente ese equilibrio y terminar comprometiendo tanto la eficacia de la investigación como la propia finalidad protectora que inspira la norma.

7. CONCLUSIONES

La Ley 2/2023 ha supuesto, sin duda, un avance importante para las investigaciones internas. Por primera vez, el legislador ha incorporado a nuestro ordenamiento un conjunto de reglas, garantías y obligaciones directamente relacionadas con la gestión de comunicaciones sobre irregularidades y con las investigaciones que pueden derivarse de ellas. Sin embargo, la norma dista mucho de ofrecer una regulación completa de esta materia. Su aplicación plantea todavía numerosas dudas interpretativas y obliga a acudir a otros sectores del ordenamiento para encontrar respuestas a problemas que la propia ley no resuelve.

Una de las primeras dificultades aparece al delimitar cuándo y en qué medida resulta aplicable la Ley 2/2023. La práctica demuestra que muchas investigaciones internas no nacen de una comunicación recibida a través del SII, sino de auditorías, controles internos o cualquier otra fuente legítima de conocimiento. Del mismo modo, la regulación de las actuaciones desarrolladas por la AIPI es mucho más detallada que la prevista para las investigaciones realizadas por las propias organizaciones. Ninguna de estas circunstancias justifica, a mi juicio, que unas investigaciones se desarrollen con mayores garantías que otras. Precisamente por ello, parece recomendable que las organizaciones dispongan de protocolos homogéneos capaces de asegurar un tratamiento coherente de todas las investigaciones, con independencia de cuál haya sido su origen.

También la regulación de los plazos revela algunas de las limitaciones de la norma. La experiencia demuestra que muchas investigaciones de cierta complejidad no pueden concluirse razonablemente dentro de los tres meses previstos por la ley. Una alternativa es entender que este plazo cumple una función predominantemente garantista respecto del informante, orientada a asegurar el seguimiento efectivo de la comunicación y la información sobre las actuaciones realizadas, sin dejar de operar al mismo tiempo como una exigencia de diligencia en la tramitación de la investigación. Ello no significa que ésta pueda prolongarse indefinidamente, pero sí que la preocupación principal del legislador parece haber sido evitar que las comunicaciones queden sin tratamiento efectivo. En cualquier caso, la regulación actual sería probablemente más satisfactoria si incorporara mecanismos de prórroga y suspensión más flexibles y mejor definidos.

Las situaciones de conflicto de interés constituyen otro de los ámbitos en los que las lagunas de la Ley 2/2023 se hacen especialmente visibles. La norma parece partir de la idea de que las personas llamadas a gestionar la

investigación conservarán siempre la independencia necesaria para hacerlo. Sin embargo, la realidad demuestra que los problemas más delicados aparecen precisamente cuando la denuncia afecta bien a los altos cargos de la organización, bien a quienes normalmente deberían dirigir o supervisar la investigación. En esos casos, la eficacia del sistema depende de la existencia de mecanismos que permitan desplazar la investigación hacia instancias verdaderamente independientes, incluida, cuando resulte necesario, su externalización. La capacidad de una organización para investigar a sus propios responsables constituye, probablemente, una de las mejores pruebas de la autenticidad de su cultura de cumplimiento.

Del mismo modo, la protección de la identidad del informante no puede entenderse como una obligación de resultado, sino como una obligación de medios especialmente cualificada. La realidad de determinadas investigaciones demuestra que existen supuestos en los que la propia naturaleza de los hechos denunciados permite inferir indirectamente la identidad de quien los puso en conocimiento de la organización. En tales casos, la valoración jurídica de la actuación empresarial debe centrarse en la diligencia desplegada para preservar la confidencialidad.

Junto a ello, las investigaciones internas obligan a gestionar una tensión permanente entre la confidencialidad de la identidad del informante y el derecho de defensa de la persona afectada. La Ley 2/2023 no reconoce un derecho a conocer la identidad del denunciante, pero exige que el investigado disponga de información suficiente para defenderse. La clave reside, por tanto, en proporcionar únicamente aquella información que resulte necesaria para garantizar una defensa efectiva, aplicando el mayor celo y diligencia en la preservación de la confidencialidad.

Finalmente, la posición jurídica del informante exige distinguir cuidadosamente entre protección y participación. La Ley 2/2023 opta decididamente por reforzar la primera, pero sin reconocer la segunda en términos equiparables a los propios de una parte interesada. Esta opción no responde a una simple deficiencia regulatoria, sino a una lógica coherente con la naturaleza de las investigaciones internas. La atribución al informante de facultades amplias de intervención o acceso al expediente podría comprometer la confidencialidad de las actuaciones, afectar a los derechos de las personas investigadas y desnaturalizar la función institucional de los SII. La credibilidad del sistema exige, por tanto, proteger al informante frente a represalias y garantizarle información suficiente sobre el tratamiento de su comunicación, pero sin convertirlo en un sujeto con capacidad para controlar o condicionar el desarrollo de la investigación.

La Ley 2/2023 es una norma llamada a desempeñar un papel relevante en las investigaciones internas, pero que todavía deja abiertas muchas de las cuestiones más importantes que plantea la práctica. Por ello, su aplicación no puede descansar únicamente en una lectura literal de sus preceptos. Será necesario seguir integrando sus disposiciones con el derecho societario, el

derecho penal, la normativa de protección de datos y las exigencias derivadas del derecho de defensa. En este proceso, la jurisprudencia tendrá previsiblemente un papel decisivo.

8. BIBLIOGRAFÍA

Miguel BAJO FERNÁNDEZ *et al*., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas,* Thomson Reuters, 2.ª ed., Navarra 2016.

Jacobo BARJA DE QUIROGA (coord.); *La imputación y la defensa de la persona jurídica*, Aranzadi, 1.ª ed., Madrid 2025.

Jordi GIMENO BEVIÁ; "Aspectos procesales de la Ley 2/2023 de protección al informante: algunas cuestiones sin resolver tras un año de su entrada en vigor", en *Lex Criminalis*, núm. 5, marzo 2024, pp. 27–46.

Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ; "La culpabilidad de la persona jurídica" en Miguel BAJO FERNÁNDEZ *et al*., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas,* Thomson Reuters, 2.ª ed., Navarra 2016, pp. 143–219.

María GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ; "Los derechos de los denunciados en las investigaciones internas de empresas" en *Diario La Ley*, núm. 10618.

José LEÓN ALAPONT; "Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: a propósito de los *compliances*" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22–04, 2020, pp. 1–34

Javier MIRANZO DÍAZ; "Problemas conceptuales del ámbito objetivo y subjetivo de la Ley de Protección del Informante" en *Revista de Derecho UNED*, núm. 37, 2026, pp. 127–171.

Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO; "De la autopoiesis al pragmatismo: el silencioso periplo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Tribunal Supremo", en *La Ley Compliance Penal*, núm. 25, 2026.

Ramón RAGUÉS I VALLÈS; "La Ley 2/2023 de protección de informantes: una primera valoración crítica" en *La Ley Compliance Penal*, núm. 13, abril 2023, pp. 1–22.

Nicolás RODRÍGUEZ-GARCÍA en "Las investigaciones internas como elemento esencial de los "criminal compliance programs": *haciendo de la necesidad virtud*"; en *Revista Penal*, núm. 52, julio 2023.

Bernardo DEL ROSAL BLASCO, "El objetivo de los planes de prevención del delito", en Jacobo BARJA DE QUIROGA (coord.) *La imputación y defensa de la persona jurídica*, 1.ª ed., Aranzadi La Ley, Madrid 2025, pp. 169–211.

Carmen SÁEZ LARA; "El estatus jurídico del informante tras la Ley 2/2023 de protección de las personas informantes y de lucha contra la corrupción" en *Labos*, vol. 4, núm. 3, pp. 46–69.

María de los Ángeles VILLEGAS GARCÍA y Miguel Ángel ENCINAR DEL POZO; "Los derechos de la organización y de los investigados en las investigaciones internas. Cuestiones para el debate", en *La Ley Compliance Penal*, núm. 8, 2022, pp. 1–34.

María de los Ángeles VILLEGAS GARCÍA y Miguel Ángel ENCINAR DEL POZO en "Las investigaciones internas. Estado actual de la cuestión", en Jacobo BARJA DE QUIROGA (coord.) *La imputación y defensa de la persona jurídica*, 1.ª ed., Aranzadi La Ley, Madrid 2025, pp. 261–288.

Carlos ZABALA y Sonia TRENDAFILOVA *Manual de investigaciones internas*, Thomson Reuters Aranzadi, 1.ª ed., Navarra 2020.

Boletín del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (4ª Época)

Nº 3 / Septiembre, 2026
pp. 131–166

Dr. Gabriel Rodríguez-Ramos
Abogado, Socio de RORÍGUEZ RAMOS
Prof. ICADE, URJC, EPJ-UCM, CEU

LA LLAVE SUSTANTIVA COMO INCENTIVO DE LAS EMPRESAS PARA SU COLABORACIÓN Y REPARACIÓN

RESUMEN:

El régimen español de responsabilidad penal de las personas jurídicas admite la posibilidad de que no exista responsabilidad penal de la empresa aunque esta haya obtenido beneficios del delito, pero valora exclusivamente como circunstancias atenuantes, una vez afirmada la responsabilidad, la confesión, la colaboración, la reparación del daño y la mejora de los sistemas de prevención, equiparando así, en la valoración de esos comportamientos postdelictuales y de su potencial capacidad incentivadora, a las empresas cumplidoras e incumplidoras. El trabajo plantea la necesidad de establecer una solución que incentive esas conductas postdelictuales mediante respuestas sustantivas previsibles para las empresas. Partiendo de una mejora de la tipicidad del hecho propio de la persona jurídica, se propone además la incorporación de una eximente —llave sustantiva— basada en la concurrencia de las cuatro circunstancias atenuantes ya previstas por el ordenamiento —comunicación temprana, colaboración eficaz, reparación y actualización del sistema preventivo—, acompañada, cuando proceda y en función de la peligrosidad de la empresa, de una medida de seguridad dirigida a monitorizar la implementación de las mejoras necesarias en sus sistemas de cumplimiento normativo penal. Sólo sobre una base sustantiva así reforzada debería articularse la respuesta procesal, que podría acelerar la consecución de los resultados perseguidos integrando la posibilidad de la suspensión condicional del procedimiento antes de sentencia para las personas jurídicas.

Palabras clave:

responsabilidad penal de las personas jurídicas; colaboración; reparación del daño; cumplimiento normativo; control interno; riesgo operacional; exención de responsabilidad; medidas de seguridad de las personas jurídicas; suspensión condicional del procedimiento.

ABSTRACT:

The Spanish framework governing the criminal liability of legal entities recognizes the possibility that a company may incur no criminal liability even where it has derived a benefit from the commission of an offence. Nevertheless, confession, cooperation, reparation of harm, and the improvement of preventive systems are taken into account exclusively as mitigating circumstances once criminal liability has already been established, thereby placing compliant and non-compliant companies on an equivalent footing for the purposes of assessing such post-offence conduct and its potential incentive effects. This paper argues for the need to establish a legal framework capable of providing effective incentives for such post-offence conduct through substantive-law mechanisms offering a sufficient degree of predictability for companies. On the basis of a more precise definition

of the legal entity's own conduct capable of giving rise to criminal liability, it proposes the introduction of a specific ground for exemption from criminal liability based on the cumulative fulfilment of the four mitigating circumstances already recognized by the legal system —early disclosure, effective cooperation, reparation, and the updating of the preventive system—. Where appropriate, and depending on the degree of dangerousness attributable to the company, such exemption should be accompanied by a security measure aimed at monitoring the implementation of the improvements required in its criminal compliance systems. Only once such a strengthened substantive-law framework has been established should the procedural response be articulated. That response could facilitate and accelerate the attainment of the intended outcomes by providing for the conditional suspension of criminal proceedings against legal entities prior to judgment.

Keywords:

criminal liability of legal entities; cooperation; reparation of harm; compliance; internal control; operational risk; exemption from liability; security measures applicable to legal entities; conditional suspension of proceedings.

SUMARIO:

I. REALIDADES SUSTANTIVAS, PROCESALES Y DE RIESGO EMPRESARIAL VINCULADAS A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. A) Realidades sustantivas. B) Realidades procesales. C) El riesgo operacional empresarial de la investigación, colaboración y reparación voluntaria del delito. II. POSIBILIDADES SUSTANTIVAS Y PROCESALES PARA AUMENTAR LA PROBABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN, COLABORACIÓN Y REPARACIÓN VOLUNTARIA DE LAS EMPRESAS. A) Sustantivas. A1. Mejora de la tipicidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A2. Incorporación de mecanismos objetivos de neutralización de la tipicidad específicos para cada delito que puede generar responsabilidad penal de la persona jurídica. A3. Extensión del hecho propio y la tipicidad de la conducta de la persona jurídica hasta el momento anterior al inicio de la investigación por las autoridades públicas. A4. Transformación de la confluencia de las cuatro actuales circunstancias atenuantes en una circunstancia eximente. B) Procesales. B1) Fijación de condiciones objetivas de procedibilidad. B2) Fórmulas vinculadas al principio acusatorio, rogatorio y de oportunidad en el ejercicio de las acciones penales y civiles. III. ALINEACIÓN DE LOS INTERESES E INCENTIVOS PÚBLICOS Y PRIVADOS. IV. SITUACIÓN TRANSITORIA. V. CONCLUSIONES

Fecha de finalización: 1 de septiembre de 2026

I. REALIDADES SUSTANTIVAS, PROCESALES Y DE RIESGO EMPRESARIAL VINCULADAS A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

A) Realidades sustantivas

De acuerdo con nuestro legislador, no existirá reproche penal para una empresa que ha desplegado los mecanismos de control adecuados para evitar la actualización de los posibles riesgos delictivos que pudieran generar su responsabilidad. Así, despliega unos planteamientos conceptuales en los que reconoce que el delito es compatible con el cumplimiento de la conducta debida en esa gestión del riesgo penal por las empresas y que, por lo mismo,

es posible la concurrencia de un delito que haya generado beneficios a la empresa y la inexistencia de su responsabilidad penal.

No fija el legislador penal para esa valoración (de la inexistencia de responsabilidad penal de la empresa pese a haber obtenido beneficios de conductas delictivas) ni diferencia entre los supuestos en los que la empresa haya sido la que identifique el delito o aquellos en los que se identifique por la intervención de un tercero, ni tampoco sobre cuál haya sido la reacción de la empresa cuando tomó conocimiento del delito (de forma autónoma o heterónoma)[1].

Sólo para el caso en el que se considere que existe responsabilidad penal de la empresa, el legislador ha previsto que se podrá rebajar esa responsabilidad (ya irremediable) valorando como circunstancias atenuantes[2] (i) la confesión del delito; (ii) la colaboración con la investigación; (iii) la reparación del daño; (iv) la actualización de sus sistemas de prevención de riesgo penal. Esas realidades, por lo mismo, ni pueden considerarse integradas en la tipicidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ni permiten que la persona jurídica elimine su responsabilidad sino que más bien, de producirse, acercan a una declaración de responsabilidad aunque atenuada.

Este planteamiento, impecable en origen por ser respetuoso con los derechos de la persona jurídica y una concreción de política criminal y técnica legislativa, plantea serios problemas procesales y prácticos que abocan a un defectuoso funcionamiento del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas si el mismo pretende la eficaz investigación y reparación de situaciones delictivas desarrolladas en el contexto empresarial.

B) Realidades procesales

Por ser titulares de derechos fundamentales propios y custodios de algunos de los que son titulares las personas físicas que las integran de forma estable (de hecho, son el poder legislativo y ejecutivo privilegiado del contenido material de algunos derechos fundamentales de las personas con las que mantienen relaciones laborales habituales) y las personas físicas y jurídicas que transaccionan con ellas en los mercados, las empresas están en mucha mejor posición que el Estado (que está limitado por el alcance de esos mismos derechos fundamentales) para investigar los delitos que con ocasión de su actividad le hayan podido generar beneficios. Pero esa potencialidad de puesta en servicio necesita ser activada.

---

1 Osvaldo ARTAZA VARELA, Una "estrategia restaurativa" en el ámbito de la responsabilidad penal de personas jurídicas: una aproximación teórica, Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, núm. 88, junio-noviembre (2022).

2 Art. 31 quater CP.

No siendo instrumentos morales (más allá de la moralidad que integren las normas —internas y externas— que han de cumplir y la que su utilidad social contenga —por lo que aportan a la sociedad—), se trata de entidades movidas por incentivos económicos que, teniendo que discurrir por los caminos que las normas habilitan, también tienen una posición privilegiada para reparar el daño causado y restaurar el orden y la vigencia normativa en relación a los bienes jurídicos lesionados y las personas afectadas, con una capacidad y flexibilidad muy superior —en lo específico— a la pública. Pero, de nuevo, debe existir una decisión para que esa posibilidad se transforme en una realidad.

La posibilidad conceptual que plantea el legislador (es posible la concurrencia de un delito que haya generado beneficios a la empresa y la inexistencia de responsabilidad penal de la misma) se enfrenta (al menos) a dos problemas de entidad relevante para convertirse en un resultado procesal:

1. La tipicidad de la conducta generadora de responsabilidad penal de las personas jurídicas no es una realidad legislativa madura:

- Apenas se ha emancipado de los debates de hetero o autoresponsabilidad[3], pugna que se mantiene/transforma en formatos equivalentes, por ejemplo, desde la perspectiva de valoración de la prueba necesaria para afirmar o descartar la responsabilidad (carga de la prueba de la suficiencia de los sistemas y estándar de valoración de suficiencia de la prueba —cuál es la duda sobre lo acontecido que debe llevar a la inexistencia de hecho probado o existencia de esfuerzos preventivos suficientes exoneradores—)[4].
- Se encuentra plagada de indeterminaciones y carece de previsibilidad en la definición de lo no permitido como garantía frente a la arbitrariedad (entendida como aplicación desigual de la norma), proyección legislativa de la falta de búsqueda y fijación de consenso (prelegislativo) entre la comunidad empresarial y jurídica sobre lo que pueda ser la conducta de cumplimiento exigible (¿qué control interno del riesgo de obtener beneficios del delito se puede pedir a las distintas empresas que existen en el mercado?).
- Descarga en el órgano judicial la propia definición de lo permitido y lo prohibido: no hay una subsunción posible o imposible de la conducta empresarial, sino una valoración de la suficiencia o insuficien-

3 Una clasificación de autores al respecto en José María ZUGALDÍA ESPINAR Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión, Cuadernos de política criminal, N.º 121, págs. 9–34 (2017).

4 Antonio DEL MORAL GARCÍA, Responsabilidad penal de personas jurídicas y presunción de inocencia, en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., y RODRÍGUEZ-LÓPEZ, F. (eds.), Compliance y Responsabilidad de las personas jurídicas, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 31 a 72 (2023).

cia de las medidas adoptadas: i.e. art. 31bis.2.1.ª, haber adoptado y ejecutado con eficacia medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos (que puede ser cualquier cosa y lo contrario).

2. La actividad judicial que ha de poder concluir con la inexistencia de responsabilidad penal de la empresa pese a concurrir un delito que le ha generado beneficios se enfrenta:

- A la inexistencia de marcos referenciales de consenso sobre lo permitido y no permitido en el control interno que, de existir, deberían alimentar la tipicidad (reduciendo la potencial arbitrariedad —dispersión— en la distribución de penas de cualquier actividad judicial), lo que da lugar a la situación descrita en el punto anterior.
- A todo un catálogo de posibles sesgos derivados de que la empresa y sus propietarios se hayan estado enriqueciendo con un delito no detectado por el sistema (que debía cortar de raíz esos beneficios), cuya suficiencia o insuficiencia debe considerarse para valorar la tipicidad o exonerar la responsabilidad desde, al menos:
  - La heurística de probabilidad[5]: de extensión del delito a toda la actividad empresarial y como causa de generación de todos los beneficios de la empresa.
  - El sesgo de confirmación y efecto halo[6]: de la obtención de beneficios del delito como punto de partida de cualquier análisis de responsabilidad, tendiendo a asumir como acontecidas las realidades valorables que lo confirmen y descartar las que no, saltando a las conclusiones.
  - El sesgo retrospectivo[7]: haciendo como previsible la conducta delictiva acontecida y, por lo mismo, su gestión máxime cuando estaba generando beneficios a quién no la evitó.
  - Y la heurística de representatividad[8]: de extensión de lo delictivo por una abierta tipicidad (cercana al estereotipo).

C) El riesgo operacional empresarial de la investigación, colaboración y reparación voluntaria del delito

Las empresas no sólo gestionan riesgos[9] y objetivos de cumplimiento. Principalmente, por seguir las metodologías de control interno de mayor

5 Daniel KAHNEMAN, Pensar rápido, pensar despacio, Editorial Debate (2013), págs. 174 y ss; 220 y ss.
6 Ibid. págs. 109 y ss.
7 Ibid. págs. 261 y ss
8 Ibid., págs. 195 y ss.
9 Posibilidad de acontecimiento de realidades que comprometen sus objetivos.

consenso, gestionan los riesgos operacionales y de información. Esos riesgos operacionales son los que determinan la eficacia y eficiencia de las operaciones de la organización, incluidos sus objetivos de desempeño, financieros y operativos, y la protección de sus activos frente a posibles pérdidas.

A la hora de valorar las posibilidades de investigación, de colaboración y de reparación ante un delito, no son criterios morales los que pueden primar[10], sino una valoración de las consecuencias de esas decisiones sobre el conjunto de los riesgos operacionales asociados, esto es, el compromiso de los objetivos de desempeño, financieros y operativos.

La situación conceptual planteada por el legislador (vaga previsibilidad normativa unida a la posibilidad de que no exista responsabilidad penal pese a haberse obtenido beneficios de conductas delictivas) enfrentada a los sesgos que imperan en cualquier actividad humana y, entre ellas, la judicial, puede dar lugar a la paradoja de que:

- Los esfuerzos por cumplir con el control de los riesgos de cumplimiento penal (que comprometen el objetivo de que no se generen beneficios empresariales derivados de actividades delictivas) dé lugar a la capacidad de identificación del delito, de colaboración con las autoridades y a su reparación.
- La comunicación de ese descubrimiento a las autoridades (es decir, la proyección hasta las últimas consecuencias de la capacidad de cumplimiento normativo) tope con el riesgo de la propia responsabilidad penal comprometiendo sus propios objetivos operacionales como, por ejemplo, sus objetivos reputacionales, de información al mercado, de acceso a financiación, de coste de una investigación, de conservación de activos o de continuidad de líneas de negocio.

En otros términos, la situación sustantiva actual acerca irremediablemente en la toma de la decisión de la investigación, colaboración y reparación a las empresas naturalmente cumplidoras y a las incumplidoras, pudiendo confluir ambas en la decisión de la no colaboración como mejor opción para sus riesgos operacionales con ocasión de un potencial o existente procedimiento penal.

La tesis que se plantea es que cuanta mayor sea la seguridad ex ante de las consecuencias de la colaboración (que permita acotar los riesgos operacionales) y mayores los incentivos (que permita reducir esos riesgos operacionales), mayores serán las probabilidades de que la empresa ponga sus privilegiadas capacidades al servicio de la investigación, de la vigencia de la norma y de la protección y reparación de los bienes jurídicos y personas

10 Aunque la decisión posea profundas potenciales implicaciones y consecuencias culturales para la empresa, y la cultura sea un pilar identitario de las mismas condicionante de todo su desempeño y operaciones.

afectadas por los delitos (de los que la empresa estuvo obteniendo beneficios en el tiempo —note cómo se activan sus sesgos—).

Para acercarse a ello, las opciones de las que se dispone desde el diseño normativo del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas son las que siguen.

II. POSIBILIDADES SUSTANTIVAS Y PROCESALES PARA AUMENTAR LA PROBABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN, COLABORACIÓN Y REPARACIÓN VOLUNTARIA DE LAS EMPRESAS.

A) Sustantivas

A1. Mejora de la tipicidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

1. La primera de las posibilidades radica en un aumento de la precisión de la propia tipicidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que se traduce en la identificación de fórmulas que aumenten la previsibilidad de la misma y acoten el margen o amplitud interpretativa en su aplicación.

Esas opciones deben partir del reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas jurídicas y, específicamente, de su derecho a la legalidad penal y a la responsabilidad por el hecho propio[11], lo que obliga (i) a abandonar posiciones distintas a la necesidad de concreción, ex ante, de un hecho propio de la persona jurídica como fundamento para la imposición de penas distinto del de las personas físicas y (ii) a alcanzar un consenso entre la comunidad empresarial y la jurídica, antes de tipificar/sancionar nada, sobre qué pueda ser ese hecho propio de la empresa y cuáles sus concreciones admisibles (comportamiento posible, debido o neutro) y cuáles las no admisibles (comportamiento típico y sancionable).

Aquí se parte (i) de la identificación del hecho propio de la empresa como las actividades de control interno que la misma haya desplegado sobre los riesgos que acumule de obtener beneficios o provecho de delitos cometidos por personas físicas[12], (ii) de la regulación del control interno (término asumido por el propio legislador mercantil) que figura en nuestro ordenamiento

11 En detalle, Gabriel RODRIGUEZ-RAMOS, La tutela de los derechos fundamentales de personas físicas y jurídicas en el proceso penal, Jurisprudencia completa TEDH–TJUE–TC, Aranzadi La Ley (2026); Silvina, BACIGALUPO SAGUESSE, «Los derechos fundamentales de las personas jurídicas», Revista del poder judicial, N.º 53, Madrid, págs. 49–106 (1999).

12 En detalle, Gabriel RODRIGUEZ-RAMOS, El hecho propio de la empresa: imputación penal y responsabilidad de la persona jurídica, Aranzadi La Ley (2026).

jurídico para cada tipo societario y (iii) de asumir como criterio referencial de control interno el marco COSO[13].

La tipicidad de la empresa se integraría por la existencia de diferencias entre el estado en el que deberían encontrarse esos elementos de control interno fijados por el tipo y su estado comprobado como hecho propio a través de la prueba, partiendo de la concurrencia del hecho de conexión con la conducta delictiva de la persona física y la jurídica consistente en el beneficio de esta derivado de la conducta delictiva de aquella.

---

13 COSO (2013), Internal Control – Integrated Framework (Control Interno-Marco integrado). Este marco, que se propone no como fuente alguna del derecho penal sino como referente de mayor consenso del hecho institucional empresarial que nos ocupa (cualquier empresa auditada del mundo es evaluada desde sus definiciones y componentes para valorar la robustez o endeblez de su control interno -i.e. NIA 315R, AU-C 315-; es el estándar de control interno seguido por el legislador, los reguladores -i.e. Securities Exchange Commission, SEC- y las agencias americanas – i.e. United States Government Accountability Office, US GAO-; es el estándar de control interno de la Unión Europea -i.e de la Comisión Europea, de la Fiscalía Europea y de las agencias de la Unión-; y es el estándar para la auditoría de las empresas públicas españolas -i.e. NIA-ES-SP 1315):

a. Define:

- El control interno como el proceso llevado a cabo por el consejo de administración, la dirección y el resto del personal de una organización, diseñado con el objeto de proporcionar un grado de aseguramiento razonable para la consecución de los objetivos relativos a las operaciones, a la información y al cumplimiento.
- El riesgo como la posibilidad de que un evento ocurra y afecte negativamente a la consecución de los objetivos.
- Y el control como actividades que mitiguen el riesgo.

b. Agrupa las actividades de control interno en cinco (componentes) líneas de realidad valorable a través de pruebas:

- Entorno de control: conjunto de normas, procesos y estructuras, constituyendo la base sobre la que llevar a cabo el sistema de control interno de la organización.
- Evaluación de riesgos: actividades de identificación y análisis de los riesgos asociados a la consecución de los objetivos de la organización, constituyendo la base sobre la que determinar cómo se deben gestionar dichos riesgos.
- Actividades de control: acciones establecidas a través de políticas y procedimientos que contribuyen a garantizar que se lleven a cabo las instrucciones de la dirección para mitigar los riesgos que incidan en la consecución de los objetivos.
- Información y Comunicación: actividades de generación de información para llevar a cabo el control interno y de comunicación con las personas necesarias para el mismo.
- Actividades de supervisión: actividades de evaluación para determinar si cada una de las cinco líneas del sistema de control interno están presentes y funcionan adecuadamente.

c. Determina, desde un principio general de proporcionalidad, parámetros para la valoración de la implementación de las anteriores actividades que, correctamente desarrolladas, aportan grado de aseguramiento razonable de mitigación de los riesgos y de consecución de los objetivos.

2. Esa regulación típica debe tener en cuenta que sólo a partir de una determinada complejidad empresarial (de capital, transacciones y relaciones internas) es necesario incurrir en los costes de propiedad para que los propietarios mantengan el control, lo que es indicativo de cuándo nos encontraremos ante la desaparición del hecho propio de la persona física propietaria y la posible aparición del hecho propio de la empresa.

La Comisión Europea define[14] como categorías de empresas[15] para su uso en las políticas comunitarias las microempresas y las pequeñas, medianas y grandes empresas, en función de la intensidad de (i) volumen de negocio neto[16] (transacciones), (ii) número medio de empleados durante el ejercicio (relaciones corporativas) y (iii) del total del balance (capital + deuda), clasificándolas[17] en:

CATEGORÍA	Transacciones	Relaciones	Capital+Deuda
Microempresa	≤ 2.000.000 €	≤ 10	≤ 2.000.000 €
Empresa pequeña	2.000.000 € ≤ 10.000.000 €	10 ≤ 50	2.000.000 € ≤ 10.000.000 €
Empresa mediana	10.000.000 €≤ 50.000.000 €	50 ≤ 250	10.000.000 ≤ 43.000.000 €
Empresa grande	> 50.000.000 €	> 250	> 43.000.000 €

Eurostat proporciona los datos del número de empresas, personas empleadas, volumen de negocio neto y valor añadido[18] para cada categoría[19], siendo los últimos disponibles los de 2023:

14 Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, DOUE núm. 124, de 20 de mayo de 2003, páginas 36 a 41.

15 «Se considerará empresa toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. En particular, se considerarán empresas las entidades que ejerzan una actividad artesanal u otras actividades a título individual o familiar, las sociedades de personas y las asociaciones que ejerzan una actividad económica de forma regular», Art. 1, anexo I de la Recomendación.

16 El importe resultante de la venta de productos y de la prestación de servicios, hecha la deducción de las reducciones sobre ventas, así como del impuesto sobre el valor añadido y otros impuestos directamente ligados al volumen de negocios, art. 2.5 Directiva 2013/34/UE. En su composición como variable estadística de Eurostat, European Business Statistics Methodological Manual for Structural Business Statistics 2024, 4.2.4.1. Variable 250101: Net Turnover, pág. 79.

17 Por estar ubicadas en al menos dos de los tres criterios en estos rangos, i.e. art. 3.1 Directiva 2013/34/UE.

18 Riqueza creada por la empresa: volumen de negocio neto + otros ingresos + capitalización compras de bienes/servicios. European Business Statistics Methodological Manual for Structural Business Statistics 2024, 4.2.4.16: Variable 250401: Value added, pág. 88.

19 Enterprise statistics by size class and NACE Rev. 2 activity (from 2021 onwards) https://doi.org/10.2908/SBS_SC_OVW

ESPAÑA	Total	Microempresa (1-9)		Empresas pequeñas (10-49)		Empresas medianas (50-249)		Empresas grandes (>250)	
Indicadores - Unidades	Unidades	Unidades	%	Unidades	%	Unidades	%	Unidades	%
Empresas - número	3.475.275	3.286.318	94,5628%	161.325	4,6421%	22.744	0,6545%	4.889	0,1407%
Empleados - número	15.778.462	5.175.761	32,8027%	2.901.342	18,3880%	2.217.031	14,0510%	5.484.325	34,7583%
Ventas netas - millones de euros	3.018.983,94	577.853,27	19,1407%	523.275	17,3328%	536.584,17	17,7737%	1.381.271,79	45,7529%
Valor añadido - millones de euros	863.775,32	198.989,13	23,0371%	142.128	16,4543%	136.119,71	15,7587%	386.538,15	44,7498%
UNIÓN EUROPEA	Total	Microempresa (1-9)		Empresas pequeñas (10-49)		Empresas Medianas (50-249)		Empresas grandes (>250)	
Indicadores - Unidades	Unidades	Unidades	%	Unidades	%	Unidades	%	Unidades	%
Empresas - número	33.065.685	31.190.732	94,3296%	1.572.015	4,7542%	248.720	0,7522%	54.219	0,1640%
Empleados - número	162.151.763	48.318.469	29,7983%	29.990.881	18,4956%	24.715.922	15,2425%	59.128.261	36,4648%
Ventas netas - millones de euros	38.492.907,69	6.188.279,63	16,0764%	5.781.372	15,0193%	6.664.026,5	17,3123%	19.859.230,04	51,5919%
Valor añadido - millones de euros	10.459.843,83	2.034.983,11	19,4552%	1.620.404	15,4917%	1.672.878,62	15,9933%	5.131.578,43	49,0598%

Si se considera que a partir de 50 empleados y 10.000.000 euros de ventas se podría alcanzar cierta complejidad, esto afectaría solo a 27.633 empresas (suma de número de empresas medianas y grandes), lo que supone el 0,7951% del total de las empresas (no teniendo esa complejidad 3.447.642 empresas, el 99,2049% de las mismas). Pero ese 0,7951% de las empresas acumulan el 63,5265% de las ventas, el 60,5085% del valor económico añadido y el 48,8093% de los empleados y, por lo mismo, concentran al menos esa probabilidad sistémica de riesgo de actividades delictivas en las transacciones del mercado (ventas-compras) y en las relaciones corporativas (empleados).

Así pues, de partida, el legislador debería diferenciar al menos tres situaciones distintas:

- Las de las empresas que no se diferencian de sus propietarios, porque su responsabilidad penal directa (la de todos ellos) es alcanzable. En términos de derechos fundamentales, situaciones de irremediable lesión del principio del *bis in idem* de las personas físicas.
- La de las empresas en las que, concurriendo un delito y un beneficio asociado a él, la responsabilidad penal de los propietarios no es alcanzable con las garantías derivadas del hecho propio de las personas físicas integrado en el principio de legalidad, presentando un nivel medio de complejidad.
- La de las empresas de alta complejidad (de capital, transacciones y relaciones), para las que el propio legislador mercantil impone requerimientos de control interno específicos.

3. El beneficio de la persona jurídica y/o de sus propietarios vinculado a una conducta delictiva de la persona física es el elemento definitorio de la actuación de la organización empresarial y el hecho de conexión de la conducta delictiva de la persona física con la persona jurídica.

Por ello carece de utilidad fijar como hechos de conexión la concurrencia de conductas delictivas de administradores y representantes (del art. 31 bis 1 a CP y empleados del art. 31 bis 1 b CP)[20], debiendo ponerse el foco en un

20 En sentido contrario, José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, Modelo legal de doble vía: los dos hechos de conexión, en El derecho penal en el siglo XXI: Liber amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 87–99 (2021).

sólo hecho[21]: el que una actividad delictiva genere un beneficio para una organización empresarial (a sus propietarios), criterio ya incluido en el Código Penal (ello, eso sí, desde el consenso de lo razonable del control interno).

Respondiendo las empresas en cada momento a la combinación de transacciones en los mercados, relaciones internas corporativas y composición de la propiedad a la búsqueda del mayor beneficio para la empresa (de sus propietarios), son todas ellas las ocasiones que acumulan la posible obtención de beneficios derivados del delito, ocasiones que no quedan limitadas a la actuación de los administradores/representantes o empleados, que se limitarían a delimitar dos supuestos de requerimientos de control interno distintos. La constatación de la concurrencia de ese hecho de conexión no implica ninguna tipicidad ni culpabilidad, siendo solo el pórtico de entrada de ese análisis.

4. Sobre los anteriores pilares de la tipicidad, la mejora de la previsibilidad de la norma alcanzaría su zénit si se dispusiera de un consenso sobre los componentes de control interno que para cada una de las distintas complejidades empresariales fueran exigibles. Un ejemplo y propuesta de esa posible configuración típica que aumentara la previsibilidad de la norma de los distintos tipos de empresas podría integrar los siguientes componentes:

4.1 Para empresas en las que todos los propietarios sean responsables penales, no resultaría necesario ni posible alcanzar la responsabilidad penal de la persona jurídica sin vulnerar el derecho fundamental de la persona física a no ser sancionado dos veces por el mismo hecho.

4.2 Para empresas de reducida complejidad (i.e. no sometidas a la obligación de auditoría de cuentas) exigir una labor de valoración documentada de riesgos que considere las ocasiones en las que puedan obtenerse beneficios de conductas delictivas y la existencia de controles para impedir o detectar tempranamente esas ocasiones.

4.3 Para empresas de complejidad media (i.e. a partir de la exigencia de someterse a la obligación de auditoría de cuentas), exigir[22]:

a) Actuaciones del entorno de control[23].

---

21 En relación a la evolución en este sentido del ordenamiento jurídico italiano, eliminando la diferencia entre apicales y empleados, Adán NIETO MARTÍN, ¿El futuro que seremos? (I): La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Italia, Almacen de Derecho (2026).

22 Se especifican de acuerdo con la clasificación de componentes de la metodología COSO.

23 Al menos:

- La existencia de un sistema normativo interno que integre las expectativas de comportamiento de las personas físicas y jurídicas con las que mantenga relaciones.
- La existencia de un órgano de control de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control, que supervise la eficacia de los controles internos y las comunicaciones de incumplimientos.

b) Actuaciones de evaluación de riesgos[24].

c) Actuaciones de control[25].

d) Actuaciones de información y comunicación[26].

e) Actuaciones de supervisión[27].

4.4. Para las empresas de complejidad alta, sumando a los anteriores requerimientos de control interno típicos los que el propio ordenamiento jurídico les exija, siempre que pudieran tener relación con el delito acontecido.

5. Una mejora en la tipicidad haría aumentar la certeza de inexistencia de responsabilidad penal de las empresas comprometidas con el ordenamiento jurídico, eliminando el principal desincentivo para que la empresa ponga sus privilegiadas capacidades al servicio de la investigación, de la vigencia de la norma y de la protección y reparación de los bienes jurídicos afectados por los delitos.

A2. Incorporación de mecanismos objetivos de neutralización de la tipicidad específicos para cada delito que puede generar responsabilidad penal de la persona jurídica

1. La segunda de las vías para alcanzar la reducción de los riesgos operacionales de la investigación, la colaboración y la reparación lo constituiría la posibilidad de incorporar, para los delitos del catálogo de conductas potencialmente generadoras de responsabilidad penal de las personas jurídicas, específicas circunstancias objetivas postdelictuales que neutralizaran la tipicidad. Alcanzadas las mismas, el riesgo operacional vinculado al proceso penal desaparece, por desaparecer la posibilidad de existencia de responsabilidad penal.

Del total del catálogo de delitos afectantes a las personas jurídicas, esa labor (y opción) ya está activada por el legislador para:

---

24 Al menos:
- La existencia de una valoración documentada de riesgos que considere las ocasiones en las que puedan obtenerse beneficios de conductas delictivas.
- La existencia de controles diseñados para impedir o detectar tempranamente las ocasiones en las que puedan obtenerse beneficios de conductas delictivas.

25 Al menos el desarrollo de los controles diseñados para impedir o detectar tempranamente las ocasiones en las que puedan obtenerse beneficios de conductas delictivas.

26 Al menos:
- La existencia y funcionamiento de un sistema interno de información de infracciones normativas conforme a las exigencias legales.
- La existencia de un reporte anual del órgano de control a la Junta General de Accionistas sobre el estado del control interno de la persona jurídica.

27 Al menos la supervisión por el órgano de control de la ejecución de los controles diseñados para impedir o detectar las ocasiones en las que puedan obtenerse beneficios de conductas delictivas.

a) El delito fiscal (art. 305.4 CP), cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria antes de la actuación pública de investigación[28].

b) La defraudación de cuotas y conceptos de recaudación a la Seguridad Social (art. 307.3 CP), cuando se haya procedido por el obligado frente a la Seguridad Social al completo reconocimiento y pago de la deuda con la Seguridad Social antes de la actuación pública de investigación[29].

c) La defraudación de prestaciones a la Seguridad Social (art. 307ter.3 CP), cuando se reintegre una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el

---

28 *"Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al* ***completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria****, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querella o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.*
Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.
La regularización por el obligado tributario de su situación tributaria impedirá que se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria".

29 "*Se considerará regularizada la situación ante la Seguridad Social cuando se haya procedido por el obligado frente a la Seguridad Social* ***al completo reconocimiento y pago de la deuda*** *antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querella o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.*
Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior, resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas ante la Seguridad Social una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.
La regularización de la situación ante la Seguridad Social impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación".

momento en que las percibió antes de la actuación pública de investigación[30].

d) El fraude de subvenciones y ayudas (art. 308.6 CP), cuando se devuelvan las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora aplicable en materia de subvenciones antes de la actuación pública de investigación[31].

e) El cohecho del particular (art. 426 CP) cuando habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos.

f) En detracción de materias primas (art. 281 CP) y prácticas abusivas de alteración de precios (art. 284 CP) afectantes al derecho de la competencia, cuando pongan fin a su participación en los mismos y cooperen con las autoridades competentes de manera plena, continua y diligente, aportando informaciones y elementos de prueba de los

---

30 "*Quedará exento de responsabilidad criminal en relación con las conductas descritas en los apartados anteriores el que* ***reintegre una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales****, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección y control en relación con las mismas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, el Letrado de la Seguridad Social, o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querella o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.*
La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a las prestaciones defraudadas objeto de reintegro, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación".

31 "*Se entenderá realizado el reintegro al que se refieren los apartados 1, 2 y 4 cuando por el perceptor de la subvención o ayuda se proceda a* ***devolver las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora aplicable en materia de subvenciones*** *desde el momento en que las percibió, y se lleve a cabo antes de que se haya notificado la iniciación de actuaciones de comprobación o control en relación con dichas subvenciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querella o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el juez de instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.* ***El reintegro impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación***".

que estas carecieran, que sean útiles para la investigación, detección y sanción de las demás personas implicadas, hayan presentado una solicitud de exención del pago de la multa de conformidad con lo establecido en la Ley de Defensa de la Competencia[32].

Todas las anteriores situaciones típicas presentan en común:

- Que integran la confesión, colaboración y reparación del daño como presupuestos y llave para alcanzar la inexistencia de responsabilidad penal.
- El que son realidades previstas para las personas físicas, extendiéndose a las personas jurídicas por inexistencia de responsabilidad penal de aquellas.
- Que carecen de exigencia alguna referida al control interno de las empresas (su hecho propio).

2. Esta realidad legislativa permite considerar el resto del catálogo de posibles responsabilidades penales de las personas jurídicas en lo que se refiere a la posible existencia de reparaciones específicas que puedan incorporarse a los tipos y que implicando la confesión y la colaboración (no hace

32 Preámbulo III de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso "***Si bien en nuestro ordenamiento jurídico penal las medidas premiales basadas en la colaboración con las autoridades por parte del responsable del delito han sido la rebaja o atenuación de penas, tal precedente no puede llevar, sin más, a una solución simplista de la atenuación. Por el contrario, razones relativas conducen a la exención de la responsabilidad criminal.*** *En concreto:[...]"b) La política de clemencia supone un mecanismo efectivo y esencial en la lucha contra conductas anticompetitivas. Busca detectar cárteles secretos mediante la denuncia de alguno de sus integrantes: el informante debe ofrecer a la autoridad de competencia información y pruebas útiles que le permitan perseguir el cártel. Por tanto, contribuyen al enjuiciamiento eficiente y la imposición de sanciones a las infracciones más graves del Derecho de la competencia.[...]d) Finalmente, la mayoría de los Estados miembros ha optado por la exención de la responsabilidad criminal para los directivos gestores y otros miembros del personal, presentes y pasados, que acuden a los programas de clemencia. En este sentido, cabe citar Francia (apartado IV artículo L. 420–6–1 del Código de Comercio), Italia (artículo 31 quater de la Ley de Competencia), Dinamarca o Eslovenia. En Austria se establece como un supuesto de suspensión del procedimiento por razones de oportunidad. Atendiendo a la finalidad de la Directiva y sus consideraciones sobre los programas de clemencia en cuanto instrumento eficaz para la lucha contra los cárteles secretos y un enjuiciamiento eficiente, quedaba pendiente la transposición del artículo 23 de la misma, para la que se propone en el Derecho interno que, cuando se dé una cooperación activa por parte de directivos, gestores y otros miembros del personal, actuales y antiguos, de empresa que participan en cártel secreto, en los términos previstos en la Directiva, la consecuencia debe ser la exoneración de la responsabilidad penal*".

falta completar más hechos por parte del procedimiento penal para resolver el conflicto fáctico para cuya solución está diseñado —el alcanzado por el tipo y sus consecuencias civiles extracontractuales—), pudieran hacer conveniente su puesta a disposición como opción sustantiva a las personas físicas[33] y jurídicas.

Partiendo de la necesaria comunicación a las autoridades con anterioridad al conocimiento de la existencia de ninguna actividad pública de investigación, la tipificación de esa reparación específica presenta distintos grados de complejidad en función de la naturaleza del bien jurídico protegido por el tipo y lesionado por la conducta delictiva.

2.1. Delitos en los que serían aplicables fórmulas análogas a las existentes.

Análogas fórmulas de regularización y reintegro del delito fiscal, fraude de cotizaciones, prestaciones y subvenciones serían aplicables al contrabando. Y análogas a las fórmulas de confesión en el cohecho, con o sin un plazo desde la comisión (o el descubrimiento de los hechos en el caso de la persona jurídica) unido a las fórmulas de regularización y reintegro: malversación, tráfico de influencias, estafa procesal (i.e. 462 CP para el falso testimonio unido a las consideraciones del apartado que sigue), corrupción en los negocios internacionales y financiación ilegal de partidos políticos.

2.2. Delitos en los que la lesión del bien jurídico acepta una cuantificación objetiva ex ante en su reparación o una restitución al estado anterior de las cosas.

Se trataría de los delitos contra el patrimonio (o contra derechos con posible activación patrimonial) no violentos o intimidatorios[34] en los que es posible cuantificar el objeto material: estafas y dobles ventas o contratos simulados (acto de disposición patrimonial), alzamiento de bienes/bloqueo de embargos/relación incompleta de bienes/uso de bienes embargados/favorecimiento de acreedores (asunción y pago de la deuda), delitos contra la propiedad intelectual (valor de explotación), delitos contra la propiedad industrial (valor de venta), falseamiento de folletos o información a los mercados (valor de suscripción), facturación falsa con mecanismos automáticos (acto de disposición patrimonial), uso de información privilegiada (transacción o plusvalía), facilitar el acceso a servicios de telecomunicaciones (valor de explotación) y corrupción entre particulares (sobre o sub precio).

---

33 En este sentido Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ, El renovado interés del legislador por los comportamientos postdelictivos positivos, en Libro homenaje a Javier de Vicente Remesal, pp. 483 ss (2024).

34 En este sentido Miguel BUSTOS RUBIO, Algunas notas de desigualdad en el marco del Derecho penal fiscal y recaudatorio: el caso español, Revista Penal México, n.º 25, pp. 1–14 (2024).

Y también aquellos en los que la restitución material a la situación anterior sea posible y la fórmula para el restablecimiento del bien jurídico protegido (con garantías de ejecución de la restitución si es prolongada en el tiempo): delitos contra la ordenación del territorio (demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada) y contra los recursos naturales y el medio ambiente (recuperación de los espacios a su estado anterior).

2.3. Delitos en los que la lesión del bien jurídico no acepta parámetros de reparación objetiva ex ante.

Se trata de los delitos contra bienes jurídicos personales, en los que los daños derivados de las conductas delictivas son muy intensos y de imposible determinación sin la intervención de la víctima: tráfico ilegal de órganos humanos, trato degradante y/o acoso laboral, acoso inmobiliario, trata de seres humanos, acoso sexual, prostitución y corrupción de menores, descubrimiento y revelación de secretos y difusión/revelación/cesión de secretos de empresa.

O de delitos contra los mercados y el orden socioeconómico, en los que la cuantificación de la reparación no sea posible por no poder conocerse el alcance de la conducta delictiva: publicidad engañosa, alteración de cotizaciones y alteración de competiciones deportivas.

2.4. Delitos en los que la lesión de bienes jurídicos colectivos denota una lesividad y peligrosidad específicas.

Alcanzando a los delitos contra la salud pública, blanqueo de capitales, falsificación de moneda, falsificación de medios de pago, vulneración de patente secreta con incidencia en la defensa nacional, terrorismo y su financiación.

3. Además de las anteriores dificultades, esta opción sustantiva acumula, llevada a su extremo, importantes (radicales) distorsiones que afectan:

- A la consideración de la propia peligrosidad de la persona jurídica, esto es, su tendencia o no (tratamiento del riesgo) de obtener beneficios de conductas incompatibles con el objetivo de cumplir con el ordenamiento jurídico (y, en su última capa, penal), y ello por no contemplar el control interno (hecho propio de gestión del riesgo) de la persona jurídica desde una perspectiva distinta de la colaboración con las autoridades.
- A la exoneración de personas físicas autores del delito por la reacción de la persona jurídica autónoma y distinta de aquellas, lo que podría dejar sin consecuencia penal el comportamiento de esas personas físicas, de nuevo, peligrosas y lesivas, al menos, por haber acreditado su falta de respeto al cumplimiento normativo.
- A plantear como posibilidad general (indexada al exclusivo criterio de que el delito pueda o no generar responsabilidad penal para la per-

sona jurídica) el que el ejercicio del ius puniendi quede en manos privadas de quien protagoniza los hechos reservados, por su gravedad, para esa intervención pública lo que, al menos para algunos delitos (2.3 y 2.4), sería inadmisible.

Sí sería conveniente explorar aquellos delitos que admitan la extensión de las actuales fórmulas para alcanzar la evitación del proceso y la pena antes de la intervención de las autoridades públicas (2.1) y aquellos otros que admitieran fórmulas objetivas de reparación o restitución (2.2) especialmente condicionadas en el tiempo (plazo en el que se podrían materializar desde el descubrimiento del delito por la persona jurídica, no con anterioridad a la intervención de las autoridades públicas).

A3. Extensión del hecho propio y la tipicidad de la conducta de la persona jurídica hasta el momento anterior al inicio de la investigación por las autoridades públicas

La opción sustantiva más ambiciosa que debería partir del consenso prelegislativo en los mismos términos expresados en A1, consistiría en integrar en la propia concepción del hecho propio de la persona jurídica el comportamiento de control interno posterior a la comisión del hecho delictivo y anterior a la investigación de las autoridades públicas.

Es decir, que la valoración del comportamiento no termine con la labor preventiva, con el control interno desarrollado antes de que concurra la conducta delictiva, sino que se extienda al control interno desempeñado antes de que las autoridades investiguen conductas delictivas que hayan generado beneficios para la empresa y, por lo mismo, integre:

- La comunicación del delito de la persona física, antes de conocer que el procedimiento se dirija frente a la persona física o la jurídica;
- La colaboración con la investigación;
- La reparación del daño; y
- La actualización o puesta a punto de sus sistemas de prevención de riesgo penal.

Esta opción plantea como principal dificultad conceptual el que el hecho propio de la persona jurídica a considerar en su tipicidad debería integrar la confesión a las propias autoridades de su potencial responsabilidad penal, lo que se configura como un planteamiento incompatible con el diseño y la vigencia de nuestro sistema de derechos fundamentales procesales que alcanzan a las personas jurídicas (presunción de inocencia, derecho a no confesarse culpable y derecho a no colaborar con la investigación). En otros términos, el potencial ejercicio del derecho de defensa sería un componente de la tipicidad.

Es cierto que, en puridad, lo que debería integrar el hecho propio de la persona jurídica no sería la comunicación de los hechos generadores de su propia responsabilidad penal ni la colaboración en la investigación de su propia responsabilidad penal, sino exclusivamente el de las personas físicas que los hubieran protagonizado. Pero la realidad es que ese planteamiento se enfrenta a la indeterminación típica expresada en el apartado A1), que se vería acrecentada en caso de integrarse estos nuevos componentes de la tipicidad.

A4. Transformación de la confluencia de las cuatro actuales circunstancias atenuantes en una circunstancia eximente

La opción más homogénea con la política criminal ya activada a través de la norma, con el sistema legal de responsabilidad penal de personas jurídicas desarrollado por el legislador y con nuestro propio sistema jurídico en cuanto al fundamento y funcionamiento penológico de las circunstancias atenuantes y eximentes sería **la posible consideración de una circunstancia eximente específica[35], derivada de la concurrencia de las cuatro circunstancias atenuantes ya existentes:**

- La confesión del delito, antes de conocer que el procedimiento se dirija frente a ella;
- La colaboración con la investigación, aportando pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos;
- La reparación del daño; y
- La actualización o puesta a punto de sus sistemas de prevención de riesgo penal.

Si se considera que en aplicación de los arts. 66 bis y 66.2 CP procediera en cualquier caso considerar como marco penal abstracto el resultante de la rebaja en dos grados de la pena y la consideración como pena del suelo de ese marco, la existencia de esa circunstancia eximente representaría en la realidad el siguiente esfuerzo de renuncia a la pena por parte del legislador:

---

35 En conexión con lo expuesto en el punto A3, la falta de consenso sobre el hecho propio de la persona jurídica arrastra a su tipicidad y genera los debates expuestos. En ese contexto, se denomina "eximente" a esta "llave sustantiva" de *lege ferenda*. Alcanzado el deseable consenso sobre el hecho propio, la tipicidad y la implementación legal de esta exoneración general de responsabilidad, podrá acotarse si se trata de una circunstancia eximente, un "elemento negativo de la responsabilidad", una "excusa absolutoria" o una "condición objetiva de punibilidad/procedibilidad frente a la persona jurídica". En los tres últimos supuestos se suspendería la consumación a efectos procesales hasta que se produjera el incumplimiento por parte de la persona jurídica de los comportamientos indicados.

- Multa de 1 mes y 15 días[36].
- Multa de 3 meses[37].
- Multa de 6 meses[38].
- Multa de 0,25 veces el beneficio obtenido[39].

---

36 Delitos contra la integridad moral (art. 173.1 CP —párrafo de persona jurídica—), Ocultación o no revelación del paradero de un cadáver (art. 173.1 CP —párrafo de persona jurídica—), Acoso sexual (art. 184.5 CP), Descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197, 197 bis y 197 ter) (art. 197 quinquies CP), Frustración de la ejecución / alzamiento de bienes (art. 258 ter.c) CP), Insolvencias punibles (art. 261 bis.c) CP), Propiedad industrial (art. 277 CP) (art. 288.2.º.b) CP), Revelación de secretos de empresa (arts. 278 a 280 CP) (art. 288.2.º.b) CP), Contra los consumidores (arts. 281, 282 y 282 bis CP) (art. 288.2.º.b) CP), Contra el mercado (arts. 284 y 285 CP) (art. 288.2.º.b) CP), Corrupción entre particulares y en los negocios (arts. 286 bis a 286 quater CP) (art. 288.2.º.b) CP), Blanqueo de capitales (art. 302.2.b) CP), Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis.c) CP), Recursos naturales y medio ambiente (art. 328.b) CP), Delitos contra los animales (art. 340 quater.b) CP), Cohecho (art. 427 bis.c) CP), Tráfico de influencias (art. 430 CP), Malversación (art. 435.5.º.c) CP), Organizaciones y grupos terroristas (art. 580 bis.b) CP), Terrorismo (incluidas financiación, colaboración, enaltecimiento y provocación) (art. 580 bis.b) CP).

37 Frustración de la ejecución / alzamiento de bienes (art. 258 ter.b) CP), Insolvencias punibles (art. 261 bis.b) CP), Daños informáticos (art. 264 quater.b) CP), Ordenación del territorio y urbanismo (art. 319.4 CP), Recursos naturales y medio ambiente (art. 328.a) CP), Delitos contra los animales (art. 340 quater.a) CP), Riesgos provocados por explosivos y otros agentes (art. 348.3 CP), Contra la salud pública —genérico: medicamentos y alimentos— (art. 366 CP), Contra la salud pública: tráfico de drogas (art. 369 bis.b) CP), Cohecho (art. 427 bis.b) CP), Malversación (art. 435.5.º.b) CP).

38 Frustración de la ejecución / alzamiento de bienes (art. 258 ter.a) CP), Insolvencias punibles (art. 261 bis.a) CP), Daños informáticos (art. 264 quater.a) CP), Propiedad industrial (art. 277 CP) (art. 288.2.º.a) CP), Revelación de secretos de empresa (arts. 278 a 280 CP) (art. 288.2.º.a) CP), Contra los consumidores (arts. 281, 282 y 282 bis CP) (art. 288.2.º.a) CP), Contra el mercado (arts. 284 y 285 CP) (art. 288.2.º.a) CP), Corrupción entre particulares y en los negocios (arts. 286 bis a 286 quater CP) (art. 288.2.º.a) CP), Blanqueo de capitales (art. 302.2.a) CP), Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis.5 CP), Relativas a las radiaciones ionizantes (art. 343.3 CP), Contra la salud pública: tráfico de drogas (art. 369 bis.a) CP), Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis CP), Cohecho (art. 427 bis.a) CP), Malversación (art. 435.5.º.a) CP), Odio y enaltecimiento (art. 510 bis CP), Organizaciones y grupos terroristas (art. 580 bis.a) CP), Terrorismo (incluidas financiación, colaboración, enaltecimiento y provocación) (art. 580 bis.a) CP).

39 Propiedad industrial (art. 277 CP) (art. 288.2.º.b) CP), Revelación de secretos de empresa (arts. 278 a 280 CP) (art. 288.2.º.b) CP), Contra los consumidores (arts. 281, 282 y 282 bis CP) (art. 288.2.º.b) CP), Contra el mercado (arts. 284 y 285 CP) (art. 288.2.º.b) CP), Corrupción entre particulares y en los negocios (arts. 286 bis a 286 quater CP) (art. 288.2.º.b) CP).

- Multa de 0,5 veces:
  - El beneficio obtenido[40].
  - El perjuicio causado[41].
  - El valor de sustancias/productos[42].
- Multa de 0,75 veces:
  - El beneficio obtenido[43].
  - El perjuicio causado[44].
  - La cantidad defraudada[45].
  - El valor aparente de la moneda[46].
  - El valor de la donación —o del exceso—[47].
  - El valor de sustancias/productos[48].

---

40 Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (art. 189 ter.b) CP), Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (art. 189 ter.c) CP), Propiedad industrial (arts. 273 a 276 CP) (art. 288.1.º.a) CP), Propiedad industrial (arts. 273 a 276 CP) (art. 288.1.º.b) CP), Contra los consumidores (art. 283 CP) (art. 288.1.º.a) CP), Contra los consumidores (art. 283 CP) (art. 288.1.º.b) CP), Ordenación del territorio y urbanismo (art. 319.4 CP), Cohecho (art. 427 bis.b) CP), Cohecho (art. 427 bis.c) CP), Propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP) (art. 288.1.º.a) CP), Propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP) (art. 288.1.º.b) CP).

41 Estafa (art. 251 bis.b) CP), Recursos naturales y medio ambiente (art. 328.a) CP), Recursos naturales y medio ambiente (art. 328.b) CP), Riesgos provocados por explosivos y otros agentes (art. 348.3 CP), Organizaciones y grupos terroristas (art. 580 bis.a) CP), Organizaciones y grupos terroristas (art. 580 bis.b) CP), Terrorismo (incluidas financiación, colaboración, enaltecimiento y provocación) (art. 580 bis.a) CP), Terrorismo (incluidas financiación, colaboración, enaltecimiento y provocación) (art. 580 bis.b) CP), Malversación (art. 435.5.º.b) CP), Malversación (art. 435.5.º.c) CP).

42 Contra la salud pública: tráfico de drogas (art. 369 bis.b) CP), medicamentos y alimentos— (art. 366 CP), bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando: Contrabando (art. 3.3.a) LO 12/1995).

43 Tráfico ilegal de órganos humanos (art. 156 bis.7 CP), Trata de seres humanos (art. 177 bis.7 CP), Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (art. 189 ter.a) CP), Propiedad industrial (art. 277 CP) (art. 288.2.º.a) CP), Revelación de secretos de empresa (arts. 278 a 280 CP) (art. 288.2.º.a) CP), Contra los consumidores (arts. 281, 282 y 282 bis CP) (art. 288.2.º.a) CP), Contra el mercado (arts. 284 y 285 CP) (art. 288.2.º.a) CP), Corrupción entre particulares y en los negocios (arts. 286 bis a 286 quater CP) (art. 288.2.º.a) CP), Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis.5 CP), Cohecho (art. 427 bis.a) CP).

44 Daños informáticos (art. 264 quater.b) CP), Malversación (art. 435.5.º.a) CP).

45 Estafa (art. 251 bis.a) CP).

46 Falsificación de moneda (art. 386.5 CP).

47 Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis.5 CP).

48 Contra la salud pública: tráfico de drogas (art. 369 bis.a) CP).

- Multa de 1,25 veces el perjuicio causado[49].

Ese sería "la renuncia punitiva" con respecto a la situación normativa actual, precio a ceder para alcanzar un grado razonable de certidumbre de resultados para las empresas en la gestión de sus riesgos operacionales vinculados a la investigación, confesión, reparación y mejora de su control interno.

Además, esta situación permitiría contemplar de acuerdo con nuestra cultura jurídica medidas de seguridad específicas asociadas a la aplicación de esta circunstancia eximente y vinculadas a la peligrosidad de la persona jurídica y, por lo mismo, a la mejora de sus sistemas de prevención de la obtención de beneficios del delito (i.e. ejercicio de la libertad de empresa vigilada, con el alcance de la vigilancia fijada en el Código Penal ex ante, vinculada a su hecho propio —control interno del riesgo de cumplimiento normativo— y con la extensión exclusivamente necesaria —i.e. monitorización/supervisión—) mientras sea necesaria y hasta su cese.

B) Procesales

B1. Fijación de condiciones objetivas de procedibilidad

Esta opción coincide en su concepción, resultados y dificultades con la expresada en "*A2. Incorporación de mecanismos objetivos de neutralización de la tipicidad específicos para cada delito que puede generar responsabilidad penal de la persona jurídica*", respondiendo el que pueda considerarse como integrado en la dimensión sustantiva o procesal al concreto diseño que se efectúe en cada delito de esa solución en la configuración de la unidad típica de acción o en un factor independiente de esta y llave del procedimiento, pero compartiendo el carácter objetivo de su determinación y la inexistencia de condena.

B2. Fórmulas vinculadas al principio acusatorio, rogatorio y de oportunidad en el ejercicio de las acciones penales y civiles

1. El avance del procedimiento penal está condicionado a que exista una acusación que decida impulsarlo y su potencial resultado final (decisión judicial) limitado a la intensidad de ese empuje en cuanto a las penas (principio acusatorio) y responsabilidades civiles (principio rogatorio).

Una de las fórmulas para alcanzar la inexistencia de responsabilidad y procedimiento penal y, por lo mismo, de gestión del riesgo operacional de las empresas asociado a ellos, es la regulación de esos principios acusatorio/rogatorio vinculados a la acción penal y civil, y, específicamente, sus límites

49 Daños informáticos (art. 264 quater.a) CP).

vinculados a la actividad del Ministerio Fiscal y a su criterio de oportunidad como promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad[50].

La regulación legal de la actuación del Ministerio Fiscal ante la jurisdicción penal se ancla en la discrecionalidad reglada en el ejercicio de la acción penal, pudiendo sólo decidir no ejercitar o no impulsar la acción penal aunque considere como concurrentes hechos típicos, en supuestos tasados de responsabilidad penal de menores[51] y de delitos leves[52]. Esos límites son complementados en la práctica para el resto de los supuestos con una pragmática extensión del criterio de oportunidad (y de justicia) a través de peticiones de sobreseimiento o, alcanzado el juicio oral, con la gestión de la propuesta/renuncia de prueba o del propio contenido de su práctica, derivando en un final del procedimiento penal sin imposición de penas fruto de la aplicación de las garantías del proceso penal.

Mucho mayor es el margen del Ministerio Fiscal (centrado ya en la legalidad sustantiva y en los propios márgenes que la misma otorga) en el concreto impulso de las acciones penales y civiles que si ejercite, margen que se concreta en la específica acusación que finalmente se formule y en la posibilidad de que esa acusación se conforme de común acuerdo con los acusados, pactándose los hechos, la calificación, la pena y la responsabilidad civil como resultado final del proceso.

Ese marco se completa en el caso del ordenamiento procesal español con las figuras acusatorias existentes y complementarias al Ministerio Fiscal, que eliminan su monopolio en el ejercicio de las acciones penales y civiles, y que poseen total libertad en la decisión del ejercicio y concreto impulso de las mismas: acusación particular, acusación popular y actores civiles.

2. Las opciones procesales que diseña el ordenamiento procesal penal español se concretan en la inexistencia de pena por no ejercicio de la acción penal (o renuncia a su impulso), en la existencia de una pena pactada con los acusados o en la existencia de un resultado procesal indeterminado ex ante y derivado de la confrontación en juicio oral y en los recursos.

A nivel internacional y en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se han abierto paso fórmulas procesales intermedias entre declinar la acusación y la condena o contienda procesal, de la que son exponentes las posibilidades procesales estadounidenses de diferir la persecución ("deferred prosecution agreement" DPA) o acordar la no persecución ("non-prosecution agreement" NPA)[53], condicionando la continuación del procedimiento hacia la

---

50 Arts. 124 CE y 1 OEMF.

51 Arts. 18, 19 y 27.4 Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

52 Arts. 963.1.1.ª, 964.2 y 965.1.1.ª LECr.

53 "*Non-prosecution and deferred prosecution agreements, for example, occupy an important middle ground between declining prosecution and obtaining the conviction*

sentencia. De forma simplificada, en los DPA la Fiscalía concreta los cargos de la persona jurídica pero paraliza el procedimiento de depuración e imposición de penas y condiciona el mantenimiento de esa situación procesal a que se cumplan una serie de medidas que se acuerdan con las empresas. Cumplidas las condiciones se archiva el procedimiento. En los NPA no se concretan cargos, no existe un procedimiento y es por lo mismo un acuerdo extraprocesal, condicionado de forma análoga a los DPA al comportamiento de la empresa. Si se incumple, se activa el procedimiento.

Partiendo de que exigir responsabilidad a las empresas por sus conductas ilícitas permite al Gobierno actuar como motor de un cambio positivo en la cultura corporativa y contribuir a prevenir, detectar y sancionar delitos graves[54], los fiscales deben valorar en el ejercicio de su discrecionalidad (al servicio e integrados en el poder ejecutivo) en relación a las opciones procesales disponibles frente a las personas jurídicas distintas de la confrontación en juicio oral (sentencias de conformidad[55], DPA o NPA)[56]:

- La naturaleza y gravedad del delito, incluido el riesgo de perjuicio general, así como las políticas y prioridades que rijan la persecución penal de las personas jurídicas respecto de determinadas categorías delictivas[57];
- La extensión de la conducta ilícita dentro de la entidad, incluida la participación, tolerancia o consentimiento respecto de dicha conducta por parte de personas integrantes de la dirección de la empresa[58];
- El historial de conductas indebidas de la entidad, incluidas las actuaciones previas de naturaleza penal, civil o regulatoria emprendidas contra ella, tanto en el ámbito nacional como internacional[59];
- La disposición de la entidad a cooperar, incluida la cooperación respecto de posibles conductas ilícitas cometidas por sus empleados, administradores, directivos y agentes, actuales o anteriores, así como por otras personas o entidades que hubieran participado en la conducta objeto de investigación[60];
- La adecuación y eficacia del programa de cumplimiento normativo de la entidad en el momento de la comisión del delito, así como en el momento de adoptar la decisión sobre la formulación de cargos[61];

---

of a corporation". US Justice Manual 9.28.200. B

54 Ibid. 9.28.200. A
55 Ibid. 9.28.1600
56 Ibid. 9.28.300. A
57 Ibid. 9.28.400
58 Ibid. 9.28.500
59 Ibid. 9.28.600
60 Ibid. 9.28.700
61 Ibid. 9.28.800

- La revelación voluntaria y oportuna por parte de la entidad de la conducta ilícita[62];
- Las medidas correctoras adoptadas por la entidad, incluidas, entre otras, las actuaciones dirigidas a implantar un programa de cumplimiento corporativo adecuado y eficaz o a mejorar uno ya existente; sustituir a los responsables de la dirección; sancionar o despedir a quienes hubieran cometido las conductas ilícitas; aplicar medidas de compensación económica que sancionen dichas conductas; o abonar las correspondientes restituciones o reparaciones[63]. Además de las medidas de reparación y remediación, los acuerdos pueden incluir el uso de supervisores independientes del cumplimiento normativo[64].
- Las consecuencias colaterales, incluida la posible existencia de un perjuicio desproporcionado para accionistas, beneficiarios de planes de pensiones, empleados y otras personas respecto de las cuales no se haya acreditado responsabilidad personal, así como el impacto que la persecución penal pueda producir sobre el público[65];
- La adecuación de otras vías de reacción, como las actuaciones civiles o regulatorias, tanto nacionales como internacionales, incluidas aquellas que resulten de la cooperación de la entidad con los organismos públicos competentes[66];
- La suficiencia de la persecución penal de las personas físicas responsables de la conducta ilícita de la entidad[67]; y
- Los intereses de las víctimas, incluidas las medidas que la entidad haya adoptado para identificar a las posibles víctimas, así como a otras personas o entidades que hayan sufrido un perjuicio significativo, aunque sea indirecto, como consecuencia de la conducta delictiva, y las medidas adoptadas por la entidad para mitigar dicho perjuicio[68].

Este modelo procesal de suspensión de los procedimientos antes de sentencia en contextos de reconocimiento, colaboración, remediación y prevención ha sido seguido por países de todos los sistemas jurídicos como, entre

62 Ibid. 9.28.900, alentando a las personas jurídicas a realizar investigaciones internas, en el marco de sus programas de compliance, y a revelar espontáneamente ante las autoridades competentes las infracciones descubiertas.
63 Ibid. 9.28.1000
64 Ibid. 9.28.1700
65 Ibid. 9.28.1100
66 Ibid. 9.28.1200
67 Ibid. 9.28.1300
68 Ibid. 9.28.1400

otros, Canadá[69], México[70], Costa Rica[71], Chile[72], Reino Unido[73], Bélgica[74], Países Bajos[75], Francia[76], Austria[77], Portugal[78], República Checa[79], Sudáfrica[80], Singapur[81], Indonesia[82] o Japón[83], decantándose en esos ordenamientos como solución[84] para alcanzar:

- Los hechos relacionados con el delito que se imputa a la organización (y compromisos de no realizar/consentir ninguna declaración pública que contradiga dichos hechos);
- La admisión por parte de la organización de su responsabilidad por la acción u omisión que constituye la base del delito.
- La obligación de la organización de proporcionar cualquier otra información de la que la organización tenga conocimiento o que pueda obtener mediante esfuerzos razonables y que contribuya a identificar a cualquier persona implicada en la acción u omisión
- La obligación de la organización de cooperar en cualquier investigación.
- El decomiso de las ganancias.
- El pago de sanciones pecuniarias.
- La adopción de medidas de reparación en favor de una víctima.

---

69 Criminal Code 715.3, Remediation Agreements.
70 Código Nacional de Procedimientos Penales, arts. 191–200 (personas físicas) y 421–425 (personas jurídicas).
71 Ley 9699, de responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos, art. 21 y ley 7594, Código Procesal Penal, arts. 25–29.
72 Ley 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, art. 25; Ley 19696, que establece el Código Procesal Penal, arts. 237–240.
73 Crime and Courts Act 2013, Section 45, Schedule 17, deferred prosecution agreements.
74 Code d'instruction criminelle, arts. 216–216bis.
75 Wetboek van Strafrecht, arts. 51 y 74
76 Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), Code de procédure pénale, arts. 41–1–2 y 180–2.
77 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG), § 19, Strafprozessordnung (StPO) §§ 198 y ss.
78 Código de Processo Penal, arts. 281 y 282.
79 Ley 418/2011, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los procedimientos contra ellas, arts. 37.b-37f.
80 National Prosecuting Authority Prosecution Policy Directives, Part 51: Corporate Alternative Dispute Resolution.
81 Criminal Procedure Code, Part 7 A.
82 Criminal Procedure Code, art. 328.
83 Criminal Procedure Code, arts. 350.2–15.
84 También en muchos de ellos para las personas físicas.

- La adopción de medidas correctoras adoptadas por la entidad, especialmente las vinculadas a implantar un programa de cumplimiento corporativo o a mejorar el existente.
- La designación de supervisores independientes de ese cumplimiento normativo.
- La obligación de la organización de informar sobre la ejecución del acuerdo.
- El pago de las costas.

3. La implantación en España de modelos/posibilidades procesales como las anteriores se enfrenta, al menos, a las siguientes realidades[85]:

3.1. La ausencia del monopolio de la acusación del Ministerio Fiscal en nuestro ordenamiento jurídico, en especial por referencia a la figura de la acusación popular (art. 125 CE), de posible neutralización si se la excluyera procesalmente del posible boicot/deformación de este tipo de soluciones procesales con fórmulas análogas a la prevista en el procedimiento abreviado para los supuestos de no acusación del Ministerio Fiscal y la acusación particular (art. 782 LECr).

3.2. La ausencia de cultura e implantación en nuestro sistema procesal del criterio de oportunidad en el ejercicio de la función pública acusatoria, de posible neutralización de darse de forma combinada:

- La concreción sustantiva de la institución (eximente de la pena —sin sentencia condicionado o con sentencia y medida de seguridad—) que debiera considerarse y activarse procesalmente (antes de sentencia y/o valorable al dictarse sentencia) que convertiría el ejercicio de las opciones procesales antes de o en sentencia en sustantivo, reglado y análogo a lo que son ahora las conformidades penales, regidas por la normativa sustantiva.
- Que las opciones anteriores a sentencia:
  - No supusieran una renuncia al ejercicio de la acción penal y, por lo mismo, que un incumplimiento del condicionado permitiera reactivar la reacción punitiva.
  - Requirieran de una autorización/mediación/convalidación judicial.

En esta línea desarrollan los arts. 163 a 169 del último Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal como forma especial de terminación del procedimiento penal, la terminación por razones de oportunidad (sobreseimiento y suspensión).

85 Al margen de las concretas configuraciones del poder legislativo (y potenciales parálisis de ese poder) que concurran en las distintas legislaturas.

3.3. La ausencia de cultura e implantación en nuestro ordenamiento penal de la figura de la suspensión condicional del procedimiento antes de sentencia, sin renuncia a la acción penal y por acuerdo con el investigado.

Nuestro sistema jurídico sí está habituado a valorar el comportamiento postdelictual consensuado con el condenado (prohibiciones y deberes), asignándole efectos procesales sobre la pena (suspensión de las privativas de libertad[86] y la modulación de tratamiento penitenciario) y las medidas de seguridad impuestas[87], y no parece que pudieran existir problemas por adelantar procesalmente esa valoración en contextos en los que exista acuerdo y fijación de los hechos, los responsables, la reparación, la potencial peligrosidad futura y las medidas para neutralizarla (interrumpiéndose durante el plazo condicional la prescripción intraprocesal).

Y ello por representar ventajas tanto para la función pública y las víctimas (economía y eficiencia procesal —se alcanza antes y con menos dedicación de recursos el resultado buscado—) como para la empresa (y, por qué no, la persona física —que plantearía exclusivamente un problema de renuncia a los antecedentes penales—) llamada al proceso (seguridad del resultado, limitación del padecimiento procesal y solución distinta al estigma y consecuencias de la pena).

---

86 Que además de tener que cumplir los criterios de elegibilidad, puede quedar condicionada a (art. 83 CP):

- Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine para informar de sus actividades y justificarlas.
- Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, resolución pacífica de conflictos, parentalidad positiva y otros similares.
- La prohibición de aproximarse a la víctima o familiares.
- Establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado.
- Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización.
- La prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.
- Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos.
- La prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor.
- Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

87 Art. 97 CP.

El último Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal contempla específicamente esta posible suspensión del procedimiento por razones de oportunidad al alcanzarse la fase intermedia, determinando requisitos[88], condiciones[89] y la reapertura del procedimiento en caso de incumplimiento

---

88 Art. 164 Proyecto LOLECrim:
- Que se trate de delitos castigados con penas privativas de libertad de hasta tres años o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza.
- La incidencia del hecho punible sobre los bienes o intereses legalmente protegidos resulte mínima o insignificante, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción o las circunstancias en las que esta se produjo.
- Pueda reputarse mínima la culpabilidad del responsable, de forma que la imposición de la pena no haya de reportar ninguna utilidad pública.
- La comisión de la infracción haya causado a su autor un perjuicio grave que haga innecesaria o manifiestamente desproporcionada la imposición de una pena.
- Que en la comisión del hecho no haya mediado violencia o intimidación.
- Que el investigado no haya sido condenado anteriormente por un delito de la misma naturaleza o por más de un delito de naturaleza distinta.
- Que la persona investigada se haya beneficiado anteriormente de la aplicación por razón de delito de uno de los supuestos de oportunidad.
- Que no se trate de delitos de violencia de género, delitos contra la Administración pública, de corrupción en los negocios o delitos de financiación ilegal de partidos políticos.

89 Art. 165 Proyecto LOLECrim:
- Que la persona investigada haya reconocido su responsabilidad en la comisión de los hechos punibles.
- Que se haya comprometido expresamente a cumplir las obligaciones y reglas de conducta establecidas en el plazo fijado al efecto.
- Que la persona ofendida o perjudicada haya mostrado su conformidad con la suspensión y con las obligaciones y reglas de conducta impuestas a la persona investigada.
- Se haya indemnizado al ofendido o perjudicado en la forma y cantidad que haya sido determinada.
- Se haya dado al ofendido o perjudicado una satisfacción moral adecuada y suficiente.
- Entregar al Estado o a instituciones públicas o privadas homologadas la cantidad que haya sido fijada para que sea destinada a obras sociales o comunitarias.
- No acudir a determinados lugares.
- No aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el decreto del fiscal, o no comunicarse con ellos.
- No ausentarse del lugar donde resida.
- Comparecer personalmente en la fiscalía, o en el servicio de la Administración que se señale al efecto, para informar de sus actividades y justificarlas.
- Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual u otros similares.
- Someterse a tratamiento de deshabituación en centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, sin abandonar el mismo hasta su finalización.
- Cumplir los demás deberes que estime convenientes para su rehabilitación social, previa conformidad del investigado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

de las mismas[90], pero sin fijar condiciones específicas para las personas jurídicas.

3.4. Los peligros asociados al uso de estas instituciones procesales identificados en los sistemas en los que ya se encuentran activas, como:

- El riesgo de arbitrariedad (discrecionalidad excesiva e inconsistencia) asociada a la falta de transparencia de los procesos de adopción de acuerdos y de revisión judicial[91].
- La deformación de la institución por convertirse en la solución a la falta de personal y presupuesto de los Fiscales (*"too big to prosecute"*, *"too big to jail"*[92]), invirtiéndose la palanca negociadora y alcanzando sanciones asumibles como coste de hacer negocios[93] y una menor calidad de la actividad pública de persecución del delito en un estado de derecho[94].
- El *"Window dressing"*, esto es, el desplazamiento de la culpa hacia filiales o personas vinculadas de las empresas y no a los verdaderos responsables personas físicas y jurídicas[95].
- Las consecuencias de la renuncia al secreto profesional abogado-cliente (*"attorney-client privilege"*) de las investigaciones internas, y la conversión de la empresa en una agencia de la acusación pública[96], alcanzando a los derechos fundamentales y posibles conductas delictivas de los empleados[97].

---

90 Art. 165.7 Proyecto LOLECrim.

91 Mauro FRAGALE, Valentina GRILLI, «Impunity for Sale: Are Deferred Prosecution Agreements a Way for Companies to Evade Liability?», Trento Student Law Review, vol. 6:1 (2024), pág. 63; Roger A. SHINER, Henry HO, «Deferred Prosecution Agreements and the Presumption of Innocence», Criminal Law and Philosophy, vol. 12 (2018), pp. 707–723.

92 Nick WERLE, «Prosecuting Corporate Crime when Firms Are Too Big to Jail: Investigation, Deterrence, and Judicial Review», *Yale Law Journal*, vol. 128 (2019), pp. 1366 ss.

93 John C. COFFEE Jr., «Crime and the Corporation: Making the Punishment Fit the Corporation», 47 Journal of Corporation Law 963 (2022).

94 Mike KOEHLER, «Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement», UC Davis Law Review, vol. 49 (2015), pp. 497 ss

95 Mauro FRAGALE, Valentina GRILLI, «Impunity for Sale: Are Deferred Prosecution Agreements a Way for Companies to Evade Liability?», Trento Student Law Review, vol. 6:1 (2024),págs. 64 y 65.

96 Harry FIRST, «Branch Office of the Prosecutor: The New Role of the Corporation in Business Crime Prosecutions», *North Carolina Law Review*, vol. 89 (2010), pp. 23 ss.

97 Rebecca MITCHELL, Edward IMWINKELRIED, Michael STOCKDALE, Deferred Prosecution Agreements and Legal Professional Privilege/Attorney-Client Privilege: English and US Experience Compared, 8 Journal of International and Comparative Law 283 (2021).

- La falta de reparación a las verdaderas víctimas (como los competidores en delitos frente a la competencia)[98].

Todos estos peligros deberían ser valorados para acertar con el diseño sustantivo acorde con nuestra cultura jurídica que los neutralice en abstracto de forma genérica, conjugándolo con la necesaria intervención y tutela judicial efectiva de convalidación, mediación y/o supervisión judicial de estas opciones procesales impulsadas por el acusador público en el caso concreto, neutralizándolos de forma específica.

III. ALINEACIÓN DE LOS INTERESES E INCENTIVOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

En el caso que nos ocupa (cuando se haya identificado una conducta delictiva que haya generado beneficios para la empresa), los riesgos operacionales son el proceso penal (penitencia continuada y antesala de la pena), las consecuencias del proceso penal (pena y responsabilidad civil) y su resonancia extraprocesal (efectos sobre los stakeholders), y ello por su impacto sobre los objetivos operacionales de la empresa (i.e. posicionamiento, financieros, comerciales, etc). Cuanta mayor sea la seguridad de rebaja de la probabilidad de concurrencia del proceso y la pena, de su resonancia extraprocesal y, por lo mismo, de su impacto en los objetivos operacionales, mayor será la probabilidad de que la opción a la que esa valoración de riesgos esté asociada sea la elegida en materialización de la libertad de la empresa. Así, el sistema penal constituye una posibilidad de incentivo para atraer a la libertad de empresa hacia los comportamientos más beneficiosos para la sociedad (descubrimiento, reparación y prevención futura del delito) cuando una empresa descubra una conducta delictiva que le haya generado beneficios (incentivo de la colaboración penal), que habrá de ponderar frente a la probabilidad de que ese proceso y sus consecuencias prosperen bajo el impulso de la acusación.

Siempre en el marco y de forma respetuosa con las garantías fundamentales de nuestro sistema y cultura penal[99], debe hacerse un esfuerzo por diseñar un sistema sustantivo y procesal que alinee y maximice la velocidad, la eficiencia y los resultados en la persecución del delito (resultado público buscado), la gestión de los riesgos operacionales empresariales (resultado

98 Mauro FRAGALE, Valentina GRILLI, «Impunity for Sale: Are Deferred Prosecution Agreements a Way for Companies to Evade Liability?», Trento Student Law Review, vol. 6:1 (2024),pág. 66.

99 En detalle, Gabriel RODRIGUEZ-RAMOS, La tutela de los derechos fundamentales de personas físicas y jurídicas en el proceso penal, Jurisprudencia completa TEDH–TJUE–TC, Aranzadi La Ley (2026).

privado buscado) y la gestión de los riesgos futuros de cumplimiento de esas empresas (resultado público-privado buscado y compartido).

Ese esfuerzo debería integrar, en primer lugar, medidas sustantivas, en concreto:

- La revisión de aquellos tipos que admitan para personas físicas y jurídicas medidas de exención de responsabilidad o condiciones objetivas de procedibilidad como las de los arts. 305.4, 307.3, 307ter.3 CP, 308.6, 426, 281 y 284 CP, aligerando la carga procesal de esos supuestos y convirtiendo en superfluo este debate.
- La decantación de un régimen de tipicidad claro y de consenso para las personas jurídicas, en torno a las medidas de control interno de gestión del riesgo de cumplimiento normativo penal que sean exigibles *ex ante* como conducta debida (como ya hace el ordenamiento mercantil), diferenciando entre lo exigible a las distintas empresas en función de su intensidad de capital, transacciones y operaciones (intensidad que hace que el propietario pierda el control directo —y desaparezca su hecho propio— y deba invertir en el control interno —apareciendo el hecho propio de la persona jurídica—, como también hace ya el ordenamiento mercantil). Ese régimen de tipicidad debe permitir, de forma razonable, clara y protegida frente a sesgos, la declaración de la inexistencia de responsabilidad penal de la persona jurídica aunque haya obtenido beneficios vinculados al delito considerado.
- La incorporación de una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, integrando el comportamiento postdelictual de la empresa compuesto por la concurrencia simultánea de:
  - La comunicación del delito de la persona física, antes de conocer que el procedimiento se dirija frente a la persona física o la jurídica;
  - La colaboración con la investigación, incluyendo los resultados de sus investigaciones internas y la comunicación del estado de sus componentes de control interno;
  - La reparación del daño; y
  - La actualización o puesta a punto de sus sistemas de prevención del riesgo de cumplimiento penal.
- La incorporación de una medida de seguridad específica de las personas jurídicas que monitorice en el tiempo la realidad de la puesta a punto de sus sistemas de prevención de riesgo penal y, por lo mismo, de su peligrosidad.

La precisión y previsibilidad de aplicación de ese diseño sustantivo (característica intrínseca a su naturaleza y a las garantías del principio de le-

galidad penal) es lo que alinea lo que busca el legislador (incentivo de lo público) y lo que determina el comportamiento de las empresas (incentivo de lo privado).

Sólo desde el anterior marco de seguridad jurídica que aporte una precisa llave sustantiva debería contemplarse la operación de la cerradura procesal y la posible aceleración de su giro.

Ese sistema procesal bajo supervisión judicial podría agilizar la alineación de intereses públicos y privados y con ella la decantación de su sentido y resultados:

- Operando un mecanismo de suspensión del procedimiento antes de condena (sin renuncia al ejercicio de la acción penal), si constatada la concurrencia en el comportamiento postdelictual de los componentes de la exención de responsabilidad (criterio de elegibilidad), se condiciona la no continuación del procedimiento (de forma análoga al condicionamiento de la suspensión de la ejecución de la pena) al mantenimiento de un determinado comportamiento (deberes y prohibiciones) con la ejecución supervisada de la medida de seguridad específica de la persona jurídica.
- Operando los mecanismos de conformidad penal ya existentes, en aplicación del anterior régimen sustantivo.
- Operando los mecanismos de confrontación procesal ordinarios.

Esas medidas procesales deberían contemplar la neutralización del riesgo de deformación de este tipo de soluciones por parte de las acusaciones populares, con fórmulas análogas a la prevista en el procedimiento abreviado para escenarios de confrontación procesal en los supuestos de no acusación del Ministerio Fiscal y la acusación particular (art. 782 LECr).

IV. SITUACIÓN TRANSITORIA

En tanto no se alcance ese régimen sustantivo y procesal, la falta de certidumbre limita como opción realista el comportamiento postdelictual deseable de las empresas para los poderes públicos previsto en las cuatro circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La concurrencia de alguno o de todos esos comportamientos postdelictuales en el estado legislativo actual puede ser considerado por el Ministerio Fiscal para valorar el respeto continuado a la norma y canalizarlo en soluciones distintas a la condena antes de sentencia a través de un sobreseimiento provisional por falta de concurrencia (desde su indeterminación actual y consecuente marco valorativo) de la tipicidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis y ss CP).

Esta opción y situación transitoria supone:

- Partir de la inexistencia de incentivos reales para que las empresas comprometidas con el ordenamiento jurídico extiendan ese cumplimiento a sus actuaciones posteriores a la identificación de un delito de una persona física que le haya podido generar beneficios, homogeneizando el sistema de incentivos (o su inexistencia) con el de las empresas no comprometidas con el ordenamiento[100].
- Atraer todos los peligros asociados al uso de fórmulas de suspensión del procedimiento identificados en los sistemas que ya tienen implementadas estas opciones[101], acrecentados en su intensidad por la completa falta de andamiaje y referentes normativos.
- Que el tiempo real para deshacer esa posición provisional ante cambios en los comportamientos postdelictuales sea el de la instrucción penal, pues alcanzado el momento de la acusación sin integrar a la persona jurídica el sobreseimiento se cristaliza y el camino de conversión de nuevo en líquido es cada vez más irreal.
- Que desde su adopción y con mayor intensidad alcanzado el fin de la instrucción, la solución transitoria equivaldría a la renuncia a la acción penal sin que existiera constancia de ese comportamiento previo, por ejemplo, en caso de tener que valorar hechos análogos en el futuro.

V. CONCLUSIONES

1. El régimen vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas contiene una contradicción de incentivos. Admite que pueda existir un delito que haya generado beneficios a la empresa sin que exista responsabilidad penal de esta si su control interno fue adecuado, pero reserva a la confesión, la colaboración, la reparación y la mejora del sistema de prevención un efecto meramente atenuante una vez afirmada la responsabilidad. La empresa que detecta el delito gracias a sus propios mecanismos de cumplimiento puede quedar así expuesta, precisamente por reaccionar frente a él, a un proceso y a unas consecuencias cuya previsibilidad es insuficiente.

2. Esa situación desaprovecha una capacidad institucional especialmente valiosa. La empresa se encuentra normalmente en una posición privilegiada para conocer los secretos de sus relaciones internas y transacciones, investigar los hechos, identificar a las personas intervinientes y reparar con rapidez los daños generados en su actividad. Pero la activación de esas capacidades no puede descansar en una apelación moral: la empresa gestiona riesgos operacionales y tenderá a colaborar cuando pueda conocer ex ante, con un

100 Apartado I.
101 Apartado II, punto 3.4.

grado razonable de seguridad, que la investigación, la confesión, la reparación y la mejora de sus controles reducen —y no incrementan— esos riesgos.

3. La primera pieza de cualquier reforma debería ser, por ello, sustantiva: aumentar la precisión de la tipicidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica. El hecho propio de la empresa debe construirse en torno a las actividades de control interno desplegadas para gestionar el riesgo de obtener beneficios o provecho de delitos cometidos por personas físicas. El beneficio derivado del delito operaría como hecho de conexión, debiendo comprobarse, en el proceso, la diferencia entre el control interno debido y el realmente existente.

La determinación de ese control debido debe ser proporcional a la complejidad empresarial. No resulta razonable exigir idénticas estructuras de control a organizaciones en las que propiedad y gestión coinciden que a empresas con elevada intensidad de capital, transacciones y relaciones internas, donde el propietario pierde capacidad de control directo y aparece propiamente un control institucional de la organización. La ley debería, por tanto, diferenciar niveles de exigencia y apoyarse en los deberes de control interno ya presentes en el ordenamiento mercantil y en marcos de consenso que permitan concretarlos, sin necesidad de convertir esos referentes en fuentes autónomas del Derecho penal.

4. Junto a esa esencial mejora de la tipicidad, debe explorarse la extensión de mecanismos objetivos de regularización, restitución o neutralización de la respuesta penal para aquellos delitos cuya lesión admita una reparación objetivamente determinable. Los modelos ya existentes en materia tributaria, de Seguridad Social, subvenciones, cohecho o clemencia en materia de competencia muestran que la confesión, la colaboración y la reparación pueden funcionar como verdadera llave de salida. Su extensión resulta especialmente defendible cuando el daño pueda cuantificarse o restituirse, pero no debe generalizarse a delitos contra bienes personales o colectivos cuya gravedad, irreversibilidad o dificultad de cuantificación exige mantener plenamente la intervención pública.

5. La opción que mayor grado de seguridad puede aportar para alinear los comportamientos preventivos y post delictuales es crear una circunstancia eximente específica cuando se aprecie la concurrencia, a la vez, de las cuatro actuales circunstancias consideradas atenuantes: comunicación temprana del delito, colaboración eficaz con la investigación, reparación del daño y actualización efectiva de los sistemas de prevención.

La exención no tendría por qué significar desatender el riesgo futuro y debería complementarse con una medida de seguridad específica, legalmente predeterminada, proporcional y temporal, dirigida a supervisar la efectiva puesta a punto del control interno de la persona jurídica mientras subsista una peligrosidad relevante. De este modo se separaría la renuncia a la pena

por el comportamiento postdelictual merecedor de incentivo de la necesidad pública de reducir el riesgo de reiteración, haciendo compatible la recompensa a la colaboración con una prevención eficaz.

6. Sólo sobre esa base sustantiva suficientemente cierta debería operar la solución procesal. Sería compatible con nuestra cultura jurídica incorporar fórmulas como la suspensión condicional del procedimiento antes de sentencia, sin renuncia a la acción penal, sujeta a criterios objetivos de elegibilidad (los de la circunstancia eximente), con supervisión judicial y cumplimiento de condiciones (prohibiciones y deberes) durante un periodo determinado (con contenido análogo a las medidas de seguridad). El incumplimiento permitiría reactivar el procedimiento; el cumplimiento conduciría a su terminación. Las conformidades ya existentes y la confrontación procesal ordinaria seguirían funcionando como vías alternativas dentro del mismo sistema.

La experiencia de los DPA y NPA y de instituciones equivalentes en otros ordenamientos demuestra la utilidad de crear un espacio intermedio entre la renuncia a perseguir y la condena, pero también advierte de sus riesgos: discrecionalidad excesiva, soluciones determinadas por la falta de recursos públicos, sanciones asumibles como coste empresarial, desplazamiento de responsabilidad hacia sujetos periféricos, afectación del secreto profesional y reparación insuficiente de las víctimas. Un eventual modelo español debería neutralizar esos peligros mediante una regulación sustantiva precisa a implementarse con la intervención de la tutela judicial.

7. En definitiva, la mejor alineación de los intereses públicos y privados exige que la llave sustantiva preceda a que entre en funcionamiento la cerradura procesal. Si la ley ofrece a la empresa una consecuencia previsible y suficientemente intensa por investigar, comunicar, colaborar, reparar y prevenir, aumentará la probabilidad de que ponga sus capacidades al servicio de la averiguación del delito, la protección de las víctimas y la reducción del riesgo futuro. Mientras esa reforma no exista, las soluciones basadas en la valoración por el Ministerio Fiscal del comportamiento postdelictual pueden ofrecer respuestas transitorias, pero seguirán siendo frágiles e insuficientes para generar el incentivo estable que el sistema necesita.

Boletín del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (4ª Época)

Nº 3 / Septiembre, 2026
pp. 167–212

Carlos Bonilla Alonso

Abogado. Socio Director Bonilla Abogados.
Profesor en Escuela de Práctica Jurídica
de la Universidad Complutense de Madrid

CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES DE LA PERSONA JURÍDICA: ANÁLISIS Y CUESTIONES CONTROVERTIDAS

RESUMEN:

La introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en España trajo consigo la sistematización de unas circunstancias atenuantes de carácter postdelictivo que, con base en una política criminal enfocada a la colaboración y la prevención delictiva, revelan una menor necesidad de pena para las personas jurídicas. Son un claro ejemplo del actual contexto legislativo donde los sistemas penales están evolucionando hacia un, cada vez más acusado, modelo de carácter premial con el sujeto corporativo cooperador con la Administración de Justicia, y preventivo del crimen empresarial. No obstante, pese a su relevancia y ser, en su aplicación procesal, el cauce por el que obtener la retribución penológica, no han venido acompañadas de una solidez dogmática ni práctica que permita interpretarlas y aplicarlas de forma despejada. En ese contexto, el autor se propone analizar los elementos esenciales que las configuran, así como las principales cuestiones controvertidas, que alcanzan figuras de rigurosa actualidad en el Derecho penal de la empresa —como los modelos de prevención de delitos y las investigaciones internas— proponiendo, cuando proceda, interpretaciones *lege lata* así como propuestas de *lege ferenda*.

Palabras clave:

Responsabilidad penal de las personas jurídicas, circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, circunstancias atenuantes de las personas jurídicas, art. 31 quater CP, art. 31 bis CP, compliance, confesión, colaboración, reparación del daño, modelos de prevención de delitos, compliance tardío, autodenuncia, investigaciones internas, principio de taxatividad, cuestiones controvertidas, dilaciones indebidas, DPA, NPA, impacto reputacional.

ABSTRACT:

The introduction of corporate criminal liability in Spain brought with it the systematisation of a set of post-offence mitigating circumstances which, grounded in a criminal policy focused on cooperation and crime prevention, render legal persons lesser need of punishment. They are a clear example of the current legislative trend whereby criminal justice systems are increasingly evolving towards a model that rewards corporate entities for cooperating with the administration of justice and for taking measures aimed at preventing corporate crime. Nevertheless, despite their significance and their role -in terms of procedural application- as avenue through which corporations may obtain a reduction in punishment, these mitigating circumstances have not been accompanied by a sufficiently robust doctrinal or practical framework to ensure their clear and consistent interpretation and application. Against this background, the author seeks to analyse their

essential elements and the main issues surrounding them, including matters of particular contemporary relevance in corporate criminal law—such as crime compliance programmes and internal investigations—while proposing, where appropriate, interpretations *lege lata* as well as proposals *lege ferenda*.

Keywords:

Corporate criminal liability, circumstances modifying criminal liability, mitigating circumstances for legal persons, article 31 quater CP, art. 31 bis CP, compliance, confession, cooperation, reparation for harm, criminal compliance programmes, post-offense compliance, self-disclosure, internal investigations, principle of legal certainty, controversial issues, undue delays, DPA, NPA, reputational impact.

SUMARIO:

1. CONTEXTO. 2. BREVE REFLEXIÓN SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES. 3. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES DE LA PERSONA JURÍDICA. 3.1. Antecedentes y perspectiva comparada 3.2.Marco normativo. 3.3. Naturaleza y fundamento. 4. ANÁLISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES DEL ART. 31 QUATER CP. 4.1.Confesión. 4.1.1. Concepto, características y fundamento. 4.1.2. Cuestiones controvertidas. 4.1.2.1. Sobre el contenido de la confesión para la persona jurídica. 4.1.2.2. Sobre la suficiencia de la atenuante de confesión como estímulo para la autodenuncia. 4.1.2.3. Sobre la virtualidad de la atenuante de confesión como autodenuncia cuando responde a una obligación legal. 4.2. Colaboración. 4.2.1. Concepto, características y fundamento. 4.2.2. Cuestiones controvertidas. 4.2.2.1. Sobre el desproporcionado carácter resultadista exigido en la colaboración. 4.2.2.2. Sobre los riesgos de la exigencia resultadista de la colaboración para las garantías de la investigación interna. 4.3. Reparación del daño. 4.3.1. Concepto, características y fundamento. 4.3.2. Cuestiones controvertidas. 4.3.2.1. Sobre el contenido no económico de la reparación del daño realizado por la persona jurídica. 4.4. Compliance tardío. 4.4.1. Concepto, características y fundamento. 4.4.2. Cuestiones controvertidas. 4.4.2.1. Sobre la no exigencia de un modelo de prevención de delitos para la apreciación de la atenuante. 4.4.2.2. Sobre la exigencia de medidas eficaces para la apreciación de la atenuante. 4.4.2.3 Sobre la conjugación aplicativa del compliance tardío con la atenuación de acreditación parcial del art. 31 bis 2 y 4 CP. 5. ¿CONFORMAN LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES DE LA PERSONA JURÍDICA UN NUMERUS CLAUSUS? 5.1. Argumentos a favor. 5.2. Argumentos en contra. 5.3. Toma de posición 6. ESPECIAL REFERENCIA A LA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS. 7.CONCLUSIONES.

1. CONTEXTO

Pocas modificaciones legislativas contemporáneas han traído consigo tanta controversia como la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en nuestro país, hace ya más de quince años, tras la reforma del Código Penal[1] operada por la Ley Orgánica 5/2010. Una controversia in-

1 Abreviaturas:
art. / arts.: artículo / artículos.
CP: Código Penal.
DPA: Deferred Prosecution Agreement

contenible pues, más allá del apasionante debate teórico, sus consecuencias materiales son trascendentales.

Piénsese que la atribución de responsabilidad penal para un ente corporativo supone un grave impacto económico, reputacional y operacional[2] que afecta a su desarrollo y pervivencia y, por ende, a la de los grupos de interés asociados al mismo. Un impacto necesariamente generador de prevención, lo que fructificó —mediando una importante inversión de recursos económicos, técnicos y humanos— en el desarrollo e implantación de los modelos de prevención de delitos a los que se dotó de amparo legislativo con la reforma de la LO 1/2015.

En definitiva, el cambio de paradigma operado tiene una trascendencia material innegable pero que, sin embargo, sigue teniendo importantes cuestiones sustantivas y procesales por despejar. Por la propia naturaleza del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas —propio y originario de los sistemas anglosajones— nos cuesta ya no sólo encajar ciertos postulados en nuestra tradicional teoría jurídica del delito sino encontrar posiciones compactas que no confronten principios como el de legalidad, culpabilidad o personalidad en las penas, entre otros. Problemas teóricos y dogmáticos que en muchas ocasiones se proyectan sobre cuestiones prácticas fundamentales como la carga de la prueba.

Es cierto que, a las diversas cuestiones por resolver, tanto nucleares como periféricas, no hemos encontrado respuesta por parte del legislador en estos años. Desde la reforma de 2015 las modificaciones del Código en esta materia se han limitado, prácticamente, al catálogo de delitos susceptibles de generar responsabilidad penal de la persona jurídica, sin abordar ninguna cuestión controvertida, incluso algunos delitos que también podrían formar

---

NPA: Non Prosecution Agreement
FGE: Fiscalía General del Estado.
FJ: Fundamento Jurídico.
LeCrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.
Ley 2/2023: Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción,
LCSP: Ley de Contratos del Sector Público
LO 5/2010: Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
LO 1/2015: Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
STC/SSTC: Sentencia / Sentencias del Tribunal Constitucional.
STS / SSTS: Sentencia / Sentencias del Tribunal Supremo.
TS: Tribunal Supremo.

2 El impacto operacional, muchas veces olvidado, al menos preventivamente, cristaliza en la pérdida de oportunidades de negocio —público y privado— con consecuencias económicas mucho mayores que la propia multa pecuniaria que se pueda imponer como pena ex art. 33 CP.

parte del catálogo. Tampoco somos partidarios de las reformas frecuentes del código penal, pues puede desembocar en una ley incoherente[3]. No obstante, no podemos decir que esta sea la justificación del legislador pues, de hecho, sí se ha modificado reiteradamente el Código Penal, incluso a placer de algunos, en estos últimos años, si bien la cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica parece olvidada, pese a su importancia.

Sea como fuere, y aun respetando las competencias de cada uno, es responsabilidad de los operadores jurídicos hacer que funcione, o al menos, que ese acoplamiento embridado que tratamos de hacer no revele conculcaciones graves, pues desde luego como ha referido recientemente un gran magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha venido para quedarse, y, en términos de política criminal, sí creemos que ha sido positiva, pues más allá del innegable fomento de la prevención penal en el ámbito corporativo, es un régimen que se ha revelado eficaz y no ineficiente, tal y como propone LASCURAÍN[4].

Así, revelada la trascendencia y polémica del tema en general, y con el espíritu de analizar y esclarecer la materia, llegamos a la cuestión particular, esto es, las circunstancias atenuantes de la persona jurídica.

Las atenuantes de la persona jurídica han sido, desde su concepción, tan problemáticas como la materia de la que penden, es por ello que merecen reflexión pues, además, tienen un contenido práctico fundamental íntimamente ligado a cuestiones de plena actualidad en Derecho penal de la empresa, como son la autodenuncia (*confesión*), las investigaciones internas (*colaboración*) o los modelos de prevención de delitos (*compliance tardío*), entre otros.

Asimismo, se suscitan en torno a ellas controversias de carácter tanto dogmático como aplicativo, que necesitan de líneas interpretativas *lege lata* y propuestas *lege ferenda* que, al menos, nos permitan aplicar eficazmente las que están y señalar las que deberían estar, como haremos en el presente estudio.

Termina por apuntalar la importancia de la cuestión el contexto actual del Derecho penal de la empresa. Como veremos con ejemplos tanto nacionales como internacionales, los sistemas penales están virando cada vez más a un modelo premial —tradicionalmente norteamericano— con el sujeto corporativo colaborativo, donde, desde los sistemas de *autorregulación regulada* —como son los modelos de prevención de delitos— hasta las nuevas

---

3 En este sentido, ROBINSON, Paul H.; CAHILL, Michael T., "The Accelerating Degradation of American Criminal Codes", *Hastings Law Journal*, vol. 56, 2005.

4 Juan Antonio, LASCURAÍN, (2020, 24 de noviembre). *Elogio de la pena a la persona jurídica (y II)*. Almacén de Derecho. https://almacendederecho.org/elogio-de-la-pena-a-la-persona-juridica-y-ii.

regulaciones y directrices se enfocan a la prevención y cooperación con la Administración de Justicia en la lucha contra el crimen empresarial[5].

Es en este contexto donde se sitúan las circunstancias atenuantes de la persona jurídica, estimulantes de la colaboración y encuadrables en esa línea político criminal que hace del sujeto menos necesitado de pena y, siendo además el cauce procesal para llegar a tal objetivo, necesitamos que se consolide una interpretación que ofrezca garantías de seguridad jurídica, pues no son pocas las cuestiones controvertidas que afloran en su aplicación. Con ese propósito, nace el presente trabajo.

2. BREVE REFLEXIÓN SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

Para poder ofrecer argumentos cohesionados y sólidos sobre la interpretación y cuestiones problemáticas de las atenuantes de la persona jurídica, debemos referirnos, aun brevemente, a las de la persona física, pues son su origen y concepción fundamental.

Las circunstancias atenuantes, igual que las agravantes, forman parte de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que, siguiendo la definición de MUÑOZ CONDE, podemos definir como los factores que atenúan o agravan la responsabilidad del autor o partícipe del delito, incidiendo en la medición cuantitativa de la pena[6]. Como refiere ALONSO ÁLAMO estas circunstancias, por la propia etimología de la palabra (*de circum stare*) que se encuentra en torno a un hecho —delito— sin afectar a su esencia, pueden concurrir o no sin que el delito deje de estar presente en todos sus elementos esenciales. Se dice entonces que poseen carácter eventual, o, en otros términos, que son *accidentalia delicti*[7].

La naturaleza de las circunstancias modificativas ha sido discutida en la teoría de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, no alcanzándose una homogeneidad a día de hoy, partiendo de que las circunstancias modificativas han recibido menos elaboración dogmática que otras instituciones de la teoría del delito[8], continuando como referencia los trabajos clásicos. De hecho, la propia incardinación de la teoría de las cir-

---

5 En ocasiones, el enfoque es incluso más forzoso que retributivo, como ejemplifican determinadas prerrogativas de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

6 MUÑOZ CONDE, Franciso, Teoría general del delito, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

7 ALONSO ÁLAMO, Mercedes, El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1981, p. 193.

8 Pozuelo Pérez, Laura, «La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia», Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 22–17, 2020, pp. 1–28.

cunstancias no es pacífica pues mientras gran parte de la doctrina entiende que se encuadra en la teoría del delito, otra parte en la teoría de la pena, al entender que las circunstancias actúan como simples causas de medición de la pena ya que operan una vez que el delito se ha constatado, sin afectar a sus elementos[9].

DÍAZ RIPOLLÉS analiza y encuadra la naturaleza de las circunstancias modificativas desde los elementos tradicionales de la teoría del delito, del injusto y la culpabilidad[10]. Otros autores, como QUINTERO OLIVARES, sin negar la posible adecuación de algunas en la antijuridicidad y otras en la culpabilidad, también concibe postulados político-criminales relacionados con la función que se atribuya a la reacción penal[11]. GONZÁLEZ CUSSAC las sitúa sistemáticamente en la teoría de la determinación de la pena, concibiéndolas como accidentes que modifican la gravedad del delito sin alterar su esencia y como causas de concreción de la pena, fundadas en el principio de proporcionalidad y en una mayor o menor necesidad de tutela del bien jurídico, junto con otras consideraciones político-criminales[12]. Sin perjuicio de que, en nuestra opinión, resulta difícil homogeneizar una naturaleza y fundamento general, pues, por ejemplo, hay algunas que pueden estar más cercanas a la culpabilidad, nos situamos más próximos a la línea de GONZÁLEZ CUSSAC, máxime para el caso de las personas jurídicas, que luego veremos, además de que el art. 66 CP sitúa los efectos generales de atenuantes y agravantes en la aplicación e individualización de la pena, munición para la escuela doctrinal que las sitúa en la teoría de la pena.

Aunque resulta de sumo interés, con causa en los límites formales del presente trabajo, no podremos detenernos en los orígenes y evolución hasta su codificación. La concepción como circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y su catalogación sistemática es propia de la codificación[13] donde, en España, encuentra su nacimiento en la primera codificación penal, esto es, el Código Penal de 1822. Desde entonces y tras diferentes

---

9 ARIAS EIBE, Manuel J., *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2007, apartado 3.6, pp. 65–87.

10 Íbidem.

11 Quintero Olivares, Gonzalo, «Determinación de la pena y política criminal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 4, 1978, pp. 49–70.

12 González Cussac, José Luis, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, Universidad de Valencia, 1988.

13 MASFERRER DOMINGO, Aniceto, «La ciencia del Derecho penal en la codificación decimonónica. Una aproximación panorámica a su contenido y rasgos fundamentales», en Javier Alvarado Planas y Alfonso Serrano Maíllo (coords.), Estudios de historia de las ciencias criminales en España, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 273–350.

cambios en cuanto a su contenido o disposición en el Código[14] llegamos a su situación actual, donde encontramos codificadas las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal para la persona física, entendidas como las atenuantes y agravantes generales, sin perjuicio de los subtipos atenuados y agravados, en los artículos 21 y 22, respectivamente, de nuestro actual Código Penal.

3. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES DE LA PERSONA JURÍDICA

3.1. Antecedentes y perspectiva comparada

La LO 5/2010 introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas y estableció simultáneamente un catálogo específico de cuatro circunstancias atenuantes para la persona jurídica —que se han mantenido hasta nuestros días— entonces contenido en el art. 31 bis.4 CP. Posteriormente, la LO 1/2015 desplazó la relación de atenuantes de la persona jurídica al art. 31 quater CP, manteniendo idéntica redacción, que sigue siendo la vigente a día de hoy.

Algunas de las circunstancias atenuantes introducidas tienen un claro precedente en las atenuantes de la persona física, como la confesión o la reparación del daño, sin embargo, otras fueron novedosas como la prevención penal (*compliance tardío*) y la colaboración con la justicia, la cual se viene aplicando para la persona física como atenuante analógica ex art. 21.7 CP, pero no estaba ni está definida expresamente para la persona natural en nuestra ley penal.

Acudiendo a la experiencia comparada, a la que volveremos a lo largo del estudio, encontramos precedentes interesantes. En la mayoría de los ordenamientos que reconocen la responsabilidad penal de las personas jurídicas existen, aunque no siempre como un catálogo codificado de circunstancias atenuantes, factores que permiten modular la pena. Ejemplo paradigmático de ello lo encontramos en países con larga tradición en la responsabilidad penal de la persona jurídica como el Reino Unido[15] y, especialmente, Estados Unidos[16] donde se atribuye relevancia principalmente a conductas postdelic-

---

14 Véase, en este sentido, ARIAS EIBE, Manuel José, Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2007.

15 *Sentencing Council, Fraud, Bribery and Money Laundering Offences: Definitive Guideline*, 2014; y *General Guideline: Overarching Principles*, objeto de sucesivas actualizaciones y consolidada en el marco normativo establecido por el *Sentencing Act 2020*.

16 *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*, incorporadas en el capítulo 8 de las *United States Sentencing Guidelines* (USSG), vigentes desde el 1 de noviembre de 1991 y sometidas a actualizaciones periódicas. Asimismo, pueden encontrarse fac-

tivas como la autodenuncia, la colaboración con las autoridades y la reparación del daño. Aunque no se definan dogmáticamente como circunstancias atenuantes ni se incardinen codificadas en la ley penal, son directrices que aplicadas operan funcionalmente como tales al mitigar la sanción impuesta a la organización. Estas directrices son objeto de frecuentes actualizaciones e impulsos, algunas muy recientes[17] a las que volveremos más adelante. Encontramos una situación similar en Países Bajos, recientemente optimizado y actualizado[18] siendo este último, uno de los países con mayor tradición y antigüedad en lo que a la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se refiere[19].

Sin embargo, las referidas anteriormente no son del todo asimilables al modelo español en tanto no están incardinadas como tal propiamente en el código penal, careciendo en su mayoría de fuerza vinculante, no estando sistematizadas ni codificadas como circunstancias atenuantes. Los casos de mayor similitud los encontramos en Chile[20] y Portugal[21].

3.2. Marco normativo

Las circunstancias atenuantes, recogidas en el art. 31 quater del CP, alimentan el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica que se desarrolla, principalmente, desde el artículo 31 bis hasta el 31 quinquies CP.

---

tores moduladores relevantes para la aplicación de la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) en *A Resource Guide to the U. S. Foreign Corrupt Practices Act*, 2.ª ed., 2020

17 *Department-wide Corporate Enforcement and Voluntary Self-Disclosure Policy, 2026*.

18 Desde el 1 de enero de 2025 está vigente la *Aanwijzing zelfmelden, medewerking en zelfonderzoek* —Directriz sobre autodenuncia, cooperación y autoinvestigación— del Ministerio Fiscal neerlandés (*Openbaar Ministerie*). Esta directriz permite al fiscal reducir la multa cuando una persona jurídica comunica voluntariamente posibles delitos y/o coopera con la investigación penal.

19 Países Bajos reconoció expresamente por primera vez la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la incorporación realizada por la Ley de 24 de mayo de 1976 que incorporó en su Ley de delitos económicos de 22 de junio de 1950 *Wet op de Economische Delicten (WED),* para luego introducirlo directamente en su Código Penal en 1976 en su artículo 51 (*Wetboek van Strafrecht*).

20 La mayor similitud en cuanto a su concepción y sistematización la tenemos en Chile, donde se establece expresamente un apartado denominado «De las circunstancias que atenúan la responsabilidad penal de la persona jurídica» en la Ley n.º 20.393, que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluyendo reparación del daño, colaboración y la aplicación de modelos de prevención.

21 Portugal también concibe un sistema parecido, pero con una técnica legislativa diferente, pues no preceptúa expresamente un numerus clausus de circunstancias atenuantes para la persona jurídica, aunque sí se refiere a ello. El art. 72 del Código Penal portugués establece el régimen general de *atenuação especial da pena*, pero luego encontramos en preceptos particulares aplicables a las personas jurídicas, como el art. 90.º-B.4, que establece la atenuante de compliance tardío prácticamente en los mismos términos que el modelo español.

El artículo 31 bis CP es el punto de partida, y casi de meta, del régimen general de responsabilidad penal de la persona jurídica pues condensa, entre otros, tanto los presupuestos de atribución de responsabilidad, como de fundamentación en relación con los modelos de prevención de delitos, máxime habiéndose consolidado el modelo de responsabilidad por el hecho propio e, incluso, la controvertida acepción de *delito corporativo*.

Del siguiente precepto, el art. 31 ter CP, interesa a nuestro propósito la autonomía que reconoce a la responsabilidad penal del ente corporativo respecto de las circunstancias concurrentes en la persona física responsable del delito. Así, el apartado segundo del art. 31 ter CP, establece que las circunstancias que afecten a la culpabilidad de las personas físicas que materialmente realizaron los hechos, o que agraven su responsabilidad, no excluyen ni modifican la responsabilidad penal de la persona jurídica, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, es decir, el art. 31 quater, el que contiene las circunstancias atenuantes para la persona jurídica. En consecuencia, se consolida una cuestión importante a nuestros efectos y es que el régimen de circunstancias de la persona jurídica presenta autonomía respecto del correspondiente a la persona física, lo cual, como veremos, tiene su incidencia en la interpretación y aplicación de determinadas atenuantes.

Así, llegamos al artículo 31 quater CP donde se regulan expresamente las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal de la persona jurídica[22] que desbrozaremos a continuación, estableciendo dos cuestiones comunes para todas, a saber su carácter post-delictivo y su realización a través de sus representantes legales (*con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales*).

Además de las penas, que se recogen el art. 33.7 CP, por su incidencia en la presente cuestión nos referimos al art. 66 bis CP donde se establecen las diferentes reglas para la imposición de la pena, remitiéndose en ocasiones expresamente a determinadas reglas del art. 66 CP (previsto para personas físicas) y establece, además, criterios específicos para decidir sobre la imposición y extensión de determinadas penas de las personas jurídicas.

3.3. Naturaleza y fundamento

Si habíamos dicho que, de forma preliminar, nos aproximábamos más a la postura GONZÁLEZ CUSSAC, que identificaba la naturaleza de las circunstancias, de forma general, con la determinación de la pena y fundamentos político criminales, en el caso de las personas jurídicas no podemos más que refrendarlo. Estamos en el ámbito de la teoría de la pena.

---

22 Contemplándose la confesión (art. 31 quater a]), la colaboración (art. 31 quater b]) la reparación del daño (art. 31 quater c]) y los modelos de prevención —compliance tardío— (art. 31 quater d]).

Así, las atenuantes referidas a las personas jurídicas un fundamento común en consideraciones relacionadas con la necesidad de pena. En estos supuestos, la atenuación no obedece a que el hecho cometido presente un menor desvalor ni a que la entidad sea menos reprochable desde la perspectiva de la imputación, sino a que determinadas actuaciones desarrolladas con posterioridad a la comisión del delito reducen la necesidad político-criminal de imponer o mantener una respuesta punitiva de la misma intensidad. Es decir, en dichos supuestos el Estado ve menos necesario imponer un castigo[23], entre otras cuestiones, porque revelan un "*compromiso ético de la sociedad*"[24].

Y es que, por la redacción del propio artículo 31 quater CP, que omite cualquier referencia a la culpabilidad de la persona jurídica[25], a lo que se añade el carácter postdelictivo, refuerza la tesis de que el precepto se asienta exclusivamente en razones de menor necesidad de la pena, esto es, en la categoría dogmática de punibilidad o penalidad, más que de antijuridicidad ni de culpabilidad[26].

Por último, conviene señalar que, con independencia del fundamento propio de cada una, comparten un mismo espíritu político criminal basado en la cooperación con la administración en la mitigación de la delincuencia corporativa y la restauración de sus efectos, incentivando comportamientos posteriores que facilitan la persecución judicial, la reparación del daño y la propia prevención del delito.

4. ANÁLISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES DEL ART. 31 QUATER CP

A continuación, nos aproximaremos a los elementos principales de las circunstancias atenuantes de la persona jurídica contempladas en el art. 31 quater CP para después detenernos sobre algunas de las cuestiones controvertidas advertidas.

---

23 Beatriz, GOENA VIVES, "Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica.", Madrid (Marcial Pons), 2017 (1.º ed.), p. 66.

24 Circular 1/2016 Fiscalía General del Estado: "*la restitución, la reparación inmediata del daño, la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio de su consideración como atenuantes, revelan indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad y pueden permitir llegar a la exención de la pena*".

25 Si bien es cierto que debemos añadir un pequeño matiz y es que, asentado por el Tribunal Supremo el régimen de autorresponsabilidad relacionado con el defecto estructural en el modelo de prevención que ha permitido el ilícito, en los art. 31 bis CP donde se cifraría la culpabilidad de la persona jurídica en cuanto al *delito corporativo* sí se concibe un elemento relacionado con su atenuación en los arts. 31 bis 2. y 4. si bien es cierto que no se conceptúa como una circunstancia atenuante propia, a lo que posteriormente volveremos.

26 GOENA VIVES, B. *Responsabilidad...* (2017) op. cit., p. 81 y ss.

4.1. Confesión

4.1.1. Concepto, características y fundamento

La confesión como circunstancia atenuante es una figura con larga tradición en nuestro ordenamiento jurídico. El art. 31 quater CP define la confesión en términos sustancialmente coincidentes con los previstos para la persona física en su artículo 21. 4.ª CP, señalando:

> *Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.*

Los requisitos tradicionales para la apreciación de la atenuante, perfectamente trasladables al caso de la persona jurídica, son, como nos recuerda la STS núm. 356/2020, de 29 de junio: la concurrencia de un acto de confesión de la infracción; el sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable; la confesión habrá de ser veraz en lo sustancial; habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial; habrá de hacerse ante autoridad, agente de la autoridad o funcionario cualificado para recibirla; y habrá de concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiendo de entenderse que la iniciación de diligencias policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante.

El fundamento descansa en razones de política criminal relacionadas con el interés del Estado y la contribución a restablecer el orden jurídico perturbado. Así nos lo recuerda el Tribunal Supremo al hilo de la atenuante prevista para personas físicas, cuyo razonamiento es extensible a la persona jurídica, pues tiene la misma concepción y hasta redacción, STS 199/2023, 21 de marzo de 2023, con compendio de resoluciones de la Sala Segunda, que esta atenuante encuentra su justificación en razones de política criminal:

> *Al Estado le interesa que la investigación de los delitos se vea facilitada por la confesión —siempre voluntaria y espontánea— del autor del hecho. Con ello se simplifica el restablecimiento del orden jurídico por aquel que lo ha perturbado, se refuerza el respaldo probatorio de la pretensión acusatoria e incluso se agiliza el ejercicio del ius puniendi.*

Aunque, en otro momento, se vinculó su fundamento al arrepentimiento del culpable esa tesis ha sido superada, aun para la persona física, como nos recuerda en diferentes resoluciones la Sala Segunda[27], lo cual, además tiene un mejor encaje en personas jurídicas, máxime predominante el modelo de autorresponsabilidad, donde tendríamos una mayor dificultad para poder

27 Véanse, en relación con ello, las SSTs n.º 750/2017, de 22 de noviembre; y n.º 454/2019, de 8 de octubre.

evaluar los elementos de culpabilidad vinculados al arrepentimiento de una sociedad mercantil.

4.1.2. Cuestiones controvertidas

4.1.2.1. Sobre el contenido de la confesión para la persona jurídica

Qué es lo que debe confesar la persona jurídica es una cuestión sustancial, máxime en el actual modelo de responsabilidad por el hecho propio que parece haberse consolidado por el Tribunal Supremo. Aunque, tal y como defiende ORTIZ DE URBINA, de la evolución en los pronunciamientos de la Sala Segunda puede desprenderse que el foco sobre el núcleo de la responsabilidad penal se ha desplazado desde —sin dejar de mencionarla— la ausencia de una cultura de respeto al Derecho a la concurrencia del denominado terminológicamente como *delito corporativo*, fundamentado como la ausencia de planes de prevención[28]. Lo que sí parece claro es que, acuñemos ese término o no, el núcleo de la responsabilidad penal corporativa pasa actualmente por ello, es decir, por el defecto estructural u organizacional en los modelos de prevención de delitos que han permitido la comisión del ilícito penal. Ese es el *hecho propio*[29] que fundamenta el llamado *delito corporativo*[30], esa es la infracción que determina la responsabilidad penal de la persona jurídica y sobre lo que se podrá confesar. Incluso desde el punto de vista de la heterorresponsabilidad o de traslación de la responsabilidad llegaríamos a la misma conclusión, como demuestra GOENA VIVES, pues si entendemos que, aun en contra de lo ya referido por el Tribunal Supremo[31], la persona jurídica no comete delitos culpables propios y por tanto no puede confesar hechos propios en sentido tradicional, lo que sí es propio de la persona jurídica es el estado de las cosas antijurídico que permite la actuación delictiva de la persona física que la integra, es decir, la organización defectuosa, siendo ello el objeto sobre el que debe confesar[32].

---

28 Véase en, este sentido, ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, «De la autopoiesis al pragmatismo: el silencioso periplo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Tribunal Supremo», La Ley Compliance Penal, n.º 25, 2026.

29 Véase STS 154/2016, de 29 de febrero y STS 894/2022, de 11 de noviembre.

30 La STS 298/2024 de 8 de abril concibe el término, aunque lo define como equívoco, lo concibe como la omisión de las medidas que hubiesen impedido la actuación delictiva de la persona física; la STS 768/2025 de 25 de septiembre, por su parte señala que el defecto estructural en los modelos de prevención constituye el fundamento del delito corporativo.

31 STS 894/2022, de 11 de noviembre *"(...) de manera que su responsabilidad habrá de serlo por la perpetración de su propio hecho corporativo y en función del reproche culpabilístico de dicho hecho, al margen y obviando criterios de responsabilidad objetiva"*.

32 GOENA VIVES, B. *Responsabilidad...* (2017) op. cit., p. 280.

En definitiva, la apreciación de la confesión como circunstancia atenuante para la persona jurídica pasará por el reconocimiento por parte de la persona jurídica del defecto estructural u organizacional en los modelos de prevención de delitos, no debiéndose exigir más.

4.1.2.2. Sobre la suficiencia de la atenuante de confesión como estímulo para la autodenuncia

La predominancia en las corporaciones de los canales internos de información, conocidos comúnmente como canales de denuncias, canales éticos o canales de *whistleblowing*, impulsados, entre otros motivos, por la implantación de los modelos de prevención de delitos-y el cumplimiento del art. 31 bis.5.4.º CP-y la reciente conocida como Ley de Protección del Informante[33] ha hecho que la empresa pueda ser, y lo sea en un importante porcentaje de casos, la primera conocedora del potencial ilícito penal, promoviendo en ocasiones una investigación interna para esclarecer lo sucedido.

Así, la empresa de constatar la comisión del delito, se encuentra en el dilema de proceder a comunicar la infracción a las autoridades antes de que el proceso se haya dirigido contra la misma y optar a la atenuante de confesión aun cuando ello pueda suponer su imputación y responsabilidad penal. Estaríamos ante lo que se conoce como autodenuncia. Esta sería una demostración de idoneidad del modelo de prevención e incluso de la señalada cultura de respeto al Derecho, colmando las expectativas del régimen de *autorregulación regulada* que parece demandar del sujeto corporativo la garantía de la legalidad ordinaria, al menos en la prevención de delitos. Es decir, sería idóneo en términos de legalidad y orden público, ahora bien, ¿es la atenuante de confesión suficiente para estimular la autodenuncia en la persona jurídica? Esta es una primera cuestión en la que nos detendremos a continuación.

Si a la persona jurídica no se le ofrece una solución que pase por la exención de responsabilidad penal, salvo que crea que la judicialización es inminente por otra vía, difícilmente optará por la autodenuncia, sabiendo el grave impacto que puede tener para la entidad la derivación de responsabilidad penal —como recordábamos en la introducción del presente trabajo— e incluso ya sólo la propia imputación, que se habría autoprovocado.

La apreciación de la atenuante pasa primero por la determinación de la responsabilidad penal, ya sea por vía de sentencia litigiosa o de conformidad, con las consecuencias señaladas, económicas, operacionales y reputacionales. De hecho, como señalábamos, las consecuencias reputacionales y operacionales pueden ser más gravosas y no se verían amortiguadas por la

33 Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

atenuante. En concreto, la pérdida de oportunidades, incluso cuando ya se ha hecho una inversión, podría venir tanto desde el sector público-prohibición de contratación con la administración por personas jurídicas condenadas (ex art. 33.7.f) CP[34] y 71.1.a) LCSP[35]) como del privado, donde los modelos de prevención de delitos de proveedores, clientes y socios de negocio impedirían contratar con terceros condenados, además del propio contagio reputacional.

Por lo tanto, tal situación puede llevar a que la empresa conocedora de un ilícito penal en su seno, especialmente cuando se tratara de un delito que genere responsabilidad penal de la persona jurídica, a enterrarlo con tal de no sufrir las consecuencias penales, conducta que iría en contra del objetivo de la responsabilidad penal de la persona jurídica, al menos en su vertiente político criminal.

El legislador debe dar una respuesta a esta situación, y es algo que no ha pasado desapercibido desde los inicios de la responsabilidad penal de la persona jurídica tanto por la doctrina como por la propia Fiscalía General del Estado que insta a los Sres. Fiscales a interesar la exención de la pena para la persona jurídica cuando ocurra tal situación[36].

La cuestión es que la no acusación o la solicitud de exención por parte del Ministerio Fiscal no garantiza la exención, pues el acusador particular puede no compartir dicha posición. Es más, incluso interesándolo, tampoco es fácil *lege lata* por el enjuiciador determinar la exención de responsabilidad, porque, en términos generales o finalistas sí puede ser la máxima expresión de la eficacia del modelo de prevención de delitos pero de la exégesis probatoria puede advertirse que el modelo no cumple —o no con todos— los requisitos del art. 31 bis CP[37], y, no estando positivizada la exención por esta causa, difícilmente se podrá llegar a la misma.

---

34 Art. 33.7. f) CP: «Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años».

35 Art. 71.1.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017): «La prohibición de contratar alcanzará a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables».

36 Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015. Conclusión 19.ª.6: *Los Sres. Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la validez del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo.*

37 Imaginemos, por ejemplo, una empresa que tiene un canal de denuncias pero no tiene designado un órgano de supervisión y control, o no tiene protocolos concretos de prevención para los delitos acusados.

Como ya apuntamos anteriormente, en la mayoría de ordenamientos jurídicos donde rige la responsabilidad penal de la persona jurídica y, especialmente, en los anglosajones, se ha otorgado una particular trascendencia a la autodenuncia —*self disclosure*— facultándolo, según las condiciones concurrentes, no sólo como causa de atenuación sino de exención de la responsabilidad penal.

4.1.2.3. Sobre la virtualidad de la atenuante de confesión como autodenuncia cuando responde a una obligación legal

Para las personas jurídicas que estén bajo el ámbito de la Ley 2/2023 —que no son pocas— puede entenderse que la autodenuncia, más que una disyuntiva, es una obligación legal, pues el art. 9.2.j) de la citada ley obliga a la «*remisión de la información al Ministerio Fiscal con carácter inmediato cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito*». Es decir, la cuestión es si el cumplimiento de una obligación legal vacía de contenido y efectos la aplicación de la atenuante, en especial, al faltar el elemento de voluntariedad y espontaneidad que la hagan menos necesitada de la pena.

Comencemos por los argumentos cercanos a descartar la apreciación de la atenuante cuando provenga del cumplimiento de un precepto legal. Debemos partir de que las atenuantes, y en este caso la de confesión, aunque superado el requisito de espontaneidad, sí permanece el elemento voluntario que es si se quiere uno de los fundamentos del carácter premial de la atenuante. Como recuerda la STS 689/2023, de 26 de septiembre *"la confesión [...] deba*(e) *ir dotada del elemento de la voluntariedad"*. Una voluntariedad que como nos recuerda la STS 427/2017, de 14 de junio también está ligada a la *espontaneidad*[38].

Si nuestra actuación se ha limitado al cumplimiento del precepto, en sus términos, difícilmente podremos argüir la voluntariedad y espontaneidad de nuestra conducta merecedora de la apreciación de la atenuante.

En este sentido, el Tribunal Supremo al hilo de la apreciación de la atenuante de reparación del daño[39] cuando se depositan fianzas y realizan pagos en aras a garantizar las responsabilidades civiles ha reiterado su in-

---

38 FD 1.º: *"Al Estado le interesa que la investigación de los delitos se vea facilitada por la confesión —siempre voluntaria y espontánea— del autor del hecho. Con ello se simplifica el restablecimiento del orden jurídico por aquel que lo ha perturbado, se refuerza el respaldo probatorio de la pretensión acusatoria e incluso se agiliza el ejercicio del ius puniendi. Quien voluntariamente confiesa su participación en el hecho delictivo, rebaja la intensidad del juicio de reproche y demuestra una menor necesidad de pena"*.

39 No olvidemos que además en esta atenuante se valora el esfuerzo en la reparación.

suficiencia, per se, para la operatividad de la atenuante[40]. Se desprende analógicamente del criterio de la Sala Segunda, en especial en su STS 597/2019, 3 de diciembre, con cita de jurisprudencia en este sentido**,** que no basta para la apreciación de atenuantes el *"mero"* cumplimiento de una obligación. Es decir, hace falta algo más, hace falta una conducta acompasada con el contenido y fundamento de la propia atenuante, en los casos anteriores de reparación del daño, en el nuestro de la confesión. En estos términos, si pretendemos hacer valer la mera remisión de la información del ilícito, tal y como indica, difícilmente podremos optar a la apreciación.

Aun referido lo anterior, sí estimamos posible y defendible la apreciación de la atenuante de confesión para las personas jurídicas obligadas por la Ley 2/2023, si bien la confesión debe realizarse en unos términos particulares, y tenidos en cuenta los argumentos mencionados a continuación.

En primer lugar, la solidez constitucional del artículo 9.2. j) de la Ley 2/2023 es, cuanto menos, discutible. El hecho de que se obligue a una persona jurídica a informar al Ministerio Fiscal de un ilícito penal del que puede derivarse su responsabilidad penal, esto es, a autodenunciarse, puede quebrantar el derecho a la no autoincriminación consagrado en el art. 24.2 de la Constitución española con virtualidad en los artículos 409 bis.1 y 118.1 de la LeCrim, inicialmente concebido para la persona física, pero igualmente defendible para la persona jurídica según se desprende del propio Tribunal Supremo[41]. Buena cuenta de ello ha dado la doctrina, en especial, LIÑÁN LAFUENTE, concluyendo la conculcación de tal derecho[42].

---

40 En este sentido, STS 741/2022, de 20 de julio.

41 STS 221/2016, de 16 de marzo (Pte. Marchena Gómez): *"Es importante, además, destacar que el conjunto de derechos invocables por la persona jurídica, derivado de su estatuto procesal de parte pasiva, eso sí, con las obligadas modulaciones, no puede ser distinto del que ostenta la persona física a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo"*. STS 514/2015, de 2 de septiembre (Pte. Marchena Gómez): *"Ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal"*. STS 154/2016, de 29 de febrero (Pte. Maza Martín): *"Los derechos y garantías constitucionales [...] como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc. [...] ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal"*. STS 234/2019, de 8 de mayo (Pte. de Porres Ortiz de Urbina): *"1. Es exigible un juicio de culpabilidad específico sobre la actuación de la persona jurídica;2. el fundamento de la responsabilidad penal no es objetivo, sino que ha de tener su soporte en la propia conducta de la persona jurídica; y 3. el principio de presunción de inocencia se aplica a la persona jurídica y es autónomo respecto del de la persona física"*.

42 LIÑÁN LAFUENTE, Alfredo, «La Ley 2/2023, de protección del informante, vs. el derecho a la no autoincriminación de la persona jurídica», *La Ley Penal*, n.º 162, 2023

Tampoco abunda en la virtud del citado precepto que no se concibiese tal obligación en la Directiva (UE) 2019/1937[43], origen, por transposición, de la Ley 2/2023, ni que hayamos identificado ningún otro país que en su transposición haya puesto semejante obligación, limitándose, en todo caso, a exigir la comunicación al Ministerio Fiscal en el caso del canal externo, esto es, el gestionado por la administración pública competente, en nuestro caso la Autoridad Independiente de Protección del Informante[44]. En definitiva, nos resulta difícilmente asimilable que tan deficitario precepto pueda vaciar de contenido una circunstancia atenuante de tal envergadura en nuestro Derecho penal como es la confesión.

Más allá de la fragilidad constitucional del precepto, entendemos que sí se puede optar a la apreciación de la atenuante, respetando el criterio del Tribunal Supremo antedicho sobre su conjugación con el cumplimiento de una obligación legal, si se presta la confesión respetando el espíritu y características de la misma.

La Sala Segunda no descarta la convivencia de las circunstancias atenuantes con el cumplimiento de una obligación legal. Lo que sí parece descartar, bajo expresiones como "*mero*" o "*limitado al*" cumplimiento, es la apreciación cuando la conducta deviene del cumplimiento formal y estricto de la obligación legal. Es decir, dame más. Y ese más, tiene que estar vinculado al contenido y propósito de la atenuante, el cual no es igual que el contenido del precepto legal. El art. 9.2. j) refiere la remisión de la información inmediatamente al Ministerio Fiscal. Desde el verbo "remitir", pasando por el concepto de "información" (asimilable a denuncia interna)[45] hasta el carácter temporal de "inmediatez", se infiere la remisión de la comunicación interna en sus términos, es decir, que la misma comunicación recibida por el canal interno se remita al Ministerio Fiscal. Desde luego no se pide más. Si la conducta se ha basado estrictamente en lo anterior, compartimos que pueda descartarse la apreciación de la atenuante de confesión en un eventual procedimiento penal contra la persona jurídica implicada.

Ahora bien, si la conducta de la persona jurídica se ha basado en comunicar al Ministerio Fiscal, o autoridad competente, la infracción con el contenido —ya tratado— relacionado con el hecho propio de la persona ju-

---

43 Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

44 BARCELÓ MOYANO, Marta, «Obligaciones de reporte al Ministerio Fiscal en la nueva ley de protección de *whistleblowers*», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 31 de marzo de 2023.

45 Recuérdese que la Ley 2/2023 conceptúa las llamadas denuncias internas como comunicaciones y/o informaciones internas, de ahí el sujeto conocido como informante y no como denunciante.

rídica, esto es, con su posible defecto estructural en el modelo de prevención de delitos, y aportando la información relevante a tal efecto, es decir, dando cumplimiento al contenido y naturaleza de la confesión para la persona jurídica, no vemos óbice para la apreciación de la atenuante de confesión. Toda vez que además, la práctica nos dice que la comunicación interna que se remita por el informante, en muchas ocasiones está basada nuclearmente en el *hecho de conexión*, esto es, los hechos relacionados con el delito base, obviando circunstancias que puedan determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica, por lo que con su remisión poco o nada estaremos contribuyendo al *"restablecimiento del ordenamiento jurídico perturbado"* por la persona jurídica y al *"refuerzo del respaldo probatorio de la pretensión acusatoria"*—máximas exigidas para la confesión STS 427/2017, de 14 de junio, con la simple remisión de la información interna.

4.2. Colaboración

4.2.1. Concepto, características y fundamento

La colaboración es una circunstancia atenuante novedosa en nuestro Derecho penal, pues nunca fue concebida expresamente para personas físicas[46], y, por tanto, fue introducida *ex novo* junto con la responsabilidad penal de la persona jurídica en 2010. El art. 31 quater b) CP define la colaboración:

> *b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.*

Al ser una circunstancia de reciente creación, no tenemos un desarrollo jurisprudencial del Tribunal Supremo que nos permita profundizar lo deseado en la interpretación de sus diferentes elementos, más allá de compartir alguno con la atenuante analógica de confesión tardía ya referida.

No obstante, la propia letra de la ley es suficientemente identificativa de los requisitos que demanda. Por un lado, se zafa del requisito cronológico concurrente para la confesión: *en cualquier momento del proceso*. Por otro, cifra la colaboración en la aportación de pruebas, que tienen que ser *nuevas y decisivas,* una adjetivación tan importante como problemática a la que volveremos más adelante. Y, por último, y no menos espinoso, parece requerir, con el plural, una virtualidad esclarecedora no sólo para la persona jurídica sino para todas *las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.*

---

46 Aunque puede asimilarse en su aplicación a la confesión tardía, no codificada pero sí desarrollada jurisprudencialmente y aplicada como atenuante analógica ex art. 21.7 CP.

Como decíamos, no tenemos un desarrollo jurisprudencial abundante. Podemos extraer algunas referencias aprovechables en lo dicho *obiter dicta* en las sentencias del Tribunal Supremo referidas a los conflictos de interés en la defensa de la persona jurídica[47] a la que volveremos, pero no tenemos un desarrollo interpretativo de la Sala Segunda sobre cuestiones importantes como pruebas nuevas y decisivas.

Estamos de nuevo ante una atenuante radicada en política criminal que premia la cooperación con el Estado en la perseguibilidad del delito y el restablecimiento del orden.

Se ha apreciado en asuntos importantes como el caso Rayo Vayecano, SAP Madrid (Sección 17.ª) núm. 545/2018, de 16 de julio, confirmada parcialmente por la STS núm. 496/2020, de 8 de octubre, o en el caso Pescanova, SAN 14/2020, 6 de octubre de 2020[48].

En muchas ocasiones, la posibilidad de colaboración y de aportación de pruebas por parte de la persona jurídica se ve favorecida por la práctica de una investigación interna en su seno con la inclusión de *forensic*, en especial, cuando requiera de la recolección de evidencias digitales. Encontramos ejemplos de ello en el caso Pescanova, anteriormente referido, o en el caso Tándem, en este último además las investigaciones internas, en comunión con otros factores, se tomaron en cuenta como evidencias del funcionamiento del modelo de prevención valiendo el sobreseimiento de algunas personas jurídicas implicadas.

No podemos dejar de observar a Estados Unidos en este sentido. En los casos de autodenuncia (*self disclosure*) y colaboración (*cooperation*) con sus efectos en la retribución penológica cristalizada en posibles NPAs, DPAs, se valora especialmente la investigación interna realizada, como demuestran, por ejemplo, el contenido de los DPAs en los casos *United States v. Ericsson* (2019)[49] o más recientemente el caso *United States v. Stericycle* (2022)[50].

---

47 STS 154/2016, de 29 de febrero: "*Aportar datos y pruebas sobre la identidad de su autor y los hechos por él cometidos, con el fin de obtener para la persona jurídica los beneficios punitivos derivados de esa opción como consecuencia de la aplicación de la correspondiente atenuante*".

48 Si bien en este caso se identificó, erróneamente "como atenuante de confesión analógica", en lugar de circunstancia atenuante de colaboración.

49 United States v. Telefonaktiebolaget LM Ericsson, No. 1:19-cr-00884-AJN (S. D. N. Y. 2019) pp. 4–5.: *"conducting a thorough internal investigation; making regular factual presentations [...] providing facts learned during witness interviews [...] and proactively disclosing some conduct of which [the Government] was previously unaware"*.

50 United States v. Stericycle, Inc., No. 1:22-cr-20156-KMM (S. D. Fla. 2022).pp 3–4: *"providing information obtained through its internal investigation which allowed the government to preserve and obtain evidence as part of its own independent investigation; making detailed factual presentations to the Fraud Section; volun-*

4.2.2. Cuestiones controvertidas

4.2.2.1. Sobre el desproporcionado carácter resultadista exigido en la colaboración

El requisito de que las pruebas sean *"nuevas y decisivas"* revela un inquietante carácter resultadista de la atenuante que ha sido fuertemente criticado por la doctrina[51].

Así las cosas, tales exigencias sobre la prueba aportada pueden hacer que una compañía que, además de colaborar en todo en lo que se le requiera, realiza una investigación interna independiente —con la dedicación de recursos humanos, materiales y económicos que ello supone— y que pone todo lo concluido al servicio de la Administración de Justicia —pudiendo ya haber sacrificado su posición procesal[52]— no pueda verse compensada con la atenuante de colaboración porque las pruebas aportadas o no son nuevas (pues, por ejemplo, podían estar en manos de la Fiscalía obtenidas por otras vías) y/o no se advierten relevantes para esclarecer las responsabilidades dimanantes de los hechos. Una calificación de novedad y utilidad que no depende de la entidad y que no puede prever con garantías. Estamos ante un nivel de exigencia desproporcionado, que, *lege lata*, pone el foco en factores imprevisibles para la persona jurídica, lo cual debe ser objeto de reformulación. Una reformulación enfocada a la voluntariedad y a la proactividad, plasmada en actuaciones objetivas, pero desprovistas de un propósito resultadista excluyendo las notas de nuevo y decisivo. Si se advierte que la persona jurídica ha puesto todo lo que está en su mano para esclarecer lo sucedido —y ello se pasa bajo el escrutinio probatorio que pueda filtrar una investigación interna débil o aparente —aun cuando los resultados puedan no ser del todo no-

---

tarily facilitating interviews in the United States of foreign-based employees; and collecting and producing voluminous relevant documents to the Fraud Section, including documents located outside the United States, accompanied by translations of documents";

51 En este sentido, MORALES PRATS, Fermín, comentario al artículo 31 quater, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.; GOENA VIVES, Beatriz, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.ª ed., Civitas–Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

52 Nótese el caso de que en la investigación interna hayan aflorado cuestiones relativas a los defectos estructurales del modelo de prevención, como, por ejemplo, las habituales deficiencias en la formación y difusión de las políticas que impiden acreditar la elusión fraudulenta.

vedosos o no tener el carácter definitivo buscado— debería poder premiarse penológicamente su labor.

Además, otro de los elementos exigidos, en íntima relación con el anterior, es que las pruebas aportadas, además de nuevas y decisivas, tengan la funcionalidad de esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. La problemática de este elemento se encuadra en tres aspectos. El primero, apuntala la tesis finalista y su desproporción ya comentada anteriormente. El segundo, no circunscribe la utilidad al esclarecimiento de los hechos sino al esclarecimiento de las responsabilidades penales, es decir, tienen que ser pruebas sobre las que se sustente una sentencia condenatoria. En tercer lugar, a cuya interpretación extensiva ayuda el plural utilizado, no sólo se circunscribe a la persona jurídica implicada, sino que tiene que contribuir a esclarecer el resto de responsabilidades penales.

La primera de las cuestiones, redunda en el desproporcionado carácter finalista al que ya nos hemos referido.

La segunda, referente a la exigencia de esclarecimiento de las responsabilidades penales que no de los hechos, merece, de nuevo, una reflexión crítica. Pues su eficacia debe quedar limitada a la determinación de hechos y no de responsabilidades. Lo que debe buscarse y premiarse es la búsqueda efectiva y diligente de la verdad por parte de la empresa y la aportación de los resultados al procedimiento. Es en el propósito de la búsqueda y de la investigación donde se puede exigir la nota penal, esto es, que vaya encaminada al esclarecimiento de los hechos con sustrato penal. En definitiva, el sustrato premiado debe ser el medial no el resultadista. Aunque pueda generar voces críticas de las posiciones más próximas al endurecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es una postura totalmente asimilable con el marco actual y el espíritu de la responsabilidad penal de la persona jurídica, que demanda del sujeto corporativo, principalmente, el ejercicio del debido control, la ausencia de un defecto estructural y la predominancia de una cultura de respeto al Derecho. La persona jurídica que ejerce la investigación interna y aporta los medios obtenidos tiene que poder optar a la circunstancia de colaboración y la exigencia probatoria que evite la práctica de investigaciones meramente aparentes tiene que ponerse sobre el medio, es decir, sobre la conducta de la persona jurídica, sobre la investigación y su esfuerzo, no sobre el resultado.

En cuanto a la tercera, en cuanto a poder ser interpretado como esclarecer también las responsabilidades o, ya depurada, hechos de terceros, merece reflexión. No parece irrazonable exigir al colaborador la participación en el esclarecimiento de hechos que afectan a terceros, de hecho suele ser común, máxime en países como Estados Unidos, padres de la justicia negociada. En España, de hecho, es normalmente apreciado para los casos de colaboración en personas físicas articulado a través de la confesión tardía, incluso la valoración muy calificada por haber ayudado a la incriminación de terceros,

como demuestra la reciente STS 418/2026, de 22 de junio[53]**.** No obstante, en el caso de las personas jurídicas aparece un matiz importante y es que dichos hechos y evidencias incriminatorias que pueda aportar pueden, y lo serán en la mayoría de casos, sobre personas integrantes de la persona jurídica, sobre la cual esa última era la garante de sus derechos. Es decir, la empresa está aportando evidencias e información sobre trabajadores que puede conocer por su relación empleador-empleado, en su relación de confianza y garante de sus derechos laborales. Esto, por el momento, no parece haber hecho desvirtuar la apreciación de la atenuante per se, el Tribunal Supremo contempla tal situación, como demuestra la ya tratada anteriormente STS 583/2017, de 19 de julio, sobre conflictos de interés en la defensa, que refiere, *obiter dictum*, la posibilidad de la persona jurídica de "*aportar datos y pruebas sobre la identidad de su autor y los hechos por él cometidos*"; pero desde luego tiene que llevar al refuerzo de diligencia por parte de la persona jurídica en la recolección de evidencias y práctica con garantías de la investigación interna, cuestión que abordaremos a continuación.

En definitiva y recapitulando, la exigencia resultadista impuesta a la apreciación de la atenuante es desproporcionada y desalentadora para los propios fines buscados. La interpretación *lege lata*, desde luego pasa necesariamente por una calificación de relevancia y novedad desde la perspectiva de la persona jurídica, como propone DOPICO: "*El término «nuevas y decisivas» debe ser interpretado dentro de la lógica promocional del precepto: lo determinante es que desde la perspectiva de la persona jurídica sean pruebas nuevas y decisivas, aunque finalmente se revele que en términos objetivos no eran nuevas (porque la acusación ya tenía acceso a ellas), o que no eran decisivas (porque la acusación ya disponía de material probatorio suficiente antes de contar con ellas)*"[54].

No obstante, creemos en la necesidad de una nueva propuesta *lege ferenda* sustentada en términos mediales y no finalistas, donde se premie la conducta colaborativa y se valore, dicha conducta, a la que sí se le pueden añadir notas de exigencia, como pueda ser una "colaboración sustancial" con la investigación, objeto de valoración según el caso. Es decir, que se desplace el foco de exigencia al medio y no al resultado. Para tesis más rigoristas que, en base al principio de certeza, interesen una concreción reflejada en la plasmación objetiva de la colaboración sustancial, podremos adherir a la reformulación colaboración sustancial aportando pruebas relevantes —que no decisivas— (requisito interpretado desde la perspectiva de la persona jurídica como pro-

53 *"Sólo la declaración incriminatoria de un coautor ha posibilitado la investigación y, ahora, la condena"*

54 DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, «Las fundaciones ante el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas», Anuario de Derecho de Fundaciones, año 2012, Iustel, Madrid, 2013, pp. 176.

ponía DOPICO) con el fin de esclarecer los hechos, pero sin la actual vinculación a la determinación de las responsabilidades penales. Además, esta terminología "con el fin de" refleja una actitud más vocacional —ex ante— que resultadista —ex post—, lo cual nos parece más proporcional.

Así, proponemos una redacción alternativa en los siguientes términos:

> *Haber colaborado de forma sustancial en la investigación aportando, en cualquier momento, pruebas relevantes para el esclarecimiento de los hechos*

La anterior seguiría respetando la naturaleza y fundamento de la circunstancia, siendo más garantista y proporcional, y no entorpecería el carácter retributivo penológico, de hecho, contribuiría al fomento de la cooperación, al contemplarse en términos más garantistas para la persona jurídica, sin dejar de permitir que se descarten colaboraciones interesadas, aparentes o inanes, pues siempre se podría valorar que no han sido sustanciales ni han aportado pruebas relevantes.

4.2.2.2. Sobre los riesgos de la exigencia resultadista de la colaboración para las garantías de la investigación interna

La redacción actual de la circunstancia atenuante, como veíamos, tiene un carácter resultadista que puede tener incidencia directa en la (mala) práctica de la investigación interna. En concreto, si para poder optar a la atenuante se exige de la persona jurídica que las pruebas sean nuevas y decisivas, ello puede provocar que la persona jurídica, en su afán por su apreciación, no respete —dolosa o negligentemente— los límites que ha de tener una investigación interna, que no son pocos. Pensemos que se exige para su apreciación que la persona jurídica llegue a donde no han llegado antes ni el Ministerio Fiscal ni el Instructor —*novedoso*— y que su resultado sea determinante —*decisivo*—. En definitiva, se puede dar la paradoja de que el resultado probatorio cualificado que se pretende puede a su vez provocar la conculcación del espíritu último de la norma, pues qué mayor ejemplo de defecto estructural y ausencia de cultura de respeto al Derecho que, para la ejecución de una medida de supervisión y control del modelo —como son las investigaciones internas—, se haya quebrantado la Ley vulnerando, por ejemplo, los derechos de privacidad de los trabajadores, se hayan realizado entrevistas sugestivas y autoincriminatorias y un largo etcétera de resultados irregulares que puede llevar una investigación interna mal ejecutada por tratar de dar cumplimiento al exigente resultado exigido por el art. 31 quáter b) CP que, para colmo, el acervo probatorio obtenido probablemente sería nulo.

En consecuencia, llegamos a la misma conclusión que fuimos construyendo en los anteriores epígrafes y a la redacción alternativa ya propuesta en *lege ferenda*. Con las notas propuestas de una colaboración sustancial y una aportación de pruebas relevantes, se rebaja la exigencia sin perder el espíritu

original de la atenuante ni el carácter riguroso para su apreciación, que permita, en relación con investigaciones internas, valorar el esfuerzo verdadero pero a la vez excluir investigaciones meramente aparentes o inocuas. De tal modo que podrán tenerse en cuenta las diligencias practicadas durante la investigación —en cantidad y calidad—, los recursos destinados —ya sean materiales, económicos y/o humanos—, la cronología en la atención e investigación de los hechos como muestra de diligencia (factor tenido en cuenta en Estados Unidos) sin excluir la flexibilidad temporal del precepto. Una investigación cumpliendo positivamente tales términos, aportada con su plasmación con los correspondientes informes, así como las posibles evidencias obtenidas, pueden ser desde luego objetivamente y a priori tenidas por relevantes, y, en general, para valorar la colaboración y si esta ha sido sustancial, a lo que se podrá sumar el testimonio directo de los investigadores[55], así como el resto de actuaciones no relacionadas con la investigación interna pero que revelan la actitud colaborativa (atención a requerimientos, puesta a disposición voluntaria de información y documentación...) y que, además, aunque excluyamos los términos netamente resultadistas, difícilmente una conducta en consonancia con lo anterior no ayudaría al esclarecimiento de los hechos.

4.3. Reparación del daño

4.3.1. Concepto, características y fundamento

La circunstancia atenuante de reparación del daño es, como la confesión, una circunstancia con tradición en nuestro ordenamiento[56], introduciéndose de forma autónoma en 1995, estando vigente actualmente y recogida en el artículo 21.5 CP. Para la persona jurídica queda cristalizada en su art. 31 quater c) CP con la siguiente redacción:

> «*Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito*».

Las características de esta circunstancia, por su novedad en personas jurídicas, son principalmente heredadas de la circunstancia prevista para la persona natural, con algunos matices que veremos.

Igual que sus predecesoras estamos ante una circunstancia de naturaleza post-delictiva situada en el plano de la determinación de la pena, expresando

---

55 MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «El sistema de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», cit., p. 104.

56 Antes de constituirse como atenuante autónoma, fue introducida como parte del arrepentimiento espontáneo en el artículo 9.9.ª del Código Penal de 1973, que señalaba: «a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción».

una menor necesidad de sanción derivada de la reacción postdelictiva de la organización. Encuentra su fundamento, compartido nuclearmente con el de la persona física, en razones político-criminales que premian la reparación realizada a quien sufre el delito, siendo una conducta menos necesitada de pena, tal y como señala el Tribunal Supremo[57].

Sus principales características pasan por un enfoque de satisfacción —aun cuando conste su rechazo—, así como un requisito cronológico evidente (antes del juicio oral). Ya no requiere las antiguas notas de arrepentimiento (por cierto, más difícil de objetivar en la persona jurídica), no obstante, tampoco se acepta por la jurisprudencia que en todo caso suponga la simple consignación económica sin mayor actuación que demuestre una verdadera voluntad reparadora que promueva un efecto balsámico sobre el afectado por el delito. Esto último cobra una mayor intensidad en delitos personales o de carácter sexual donde el contenido económico de la reparación difícilmente podrá remendar lo ocurrido. No obstante, pese a la insistencia de la jurisprudencia, es cierto que en la práctica y especialmente si no consta oposición por las acusaciones, en muchas ocasiones, se aprecia la reparación del daño con la consignación de las responsabilidades civiles de forma casi mecánica.

4.3.2. Cuestiones controvertidas

4.3.2.1. Sobre el contenido no económico de la reparación del daño realizado por la persona jurídica

Aunque preliminarmente se pueda entender que la reparación del daño practicada por la persona jurídica pase mayoritariamente por un contenido económico, la experiencia corporativa, en especial, relativa a las investigaciones internas, nos puede aportar situaciones interesantes en las que la persona jurídica puede contribuir a reparar o mitigar los efectos del delito con actuaciones sin contenido pecuniario diferenciadas además de la reparación que pueda hacer la persona física.

Desde luego, en los casos que la reparación tenga un eminente, y prácticamente exclusivo contenido económico, como en el caso de estafas o delitos contra la Hacienda Pública no se le puede pedir más que las consignaciones económicas para su apreciación, como se desprende de su apreciación en la STSJ Islas Baleares 39/2023, 29 de Mayo de 2023 posteriormente ratificada por la STS 356/2026, 21 de mayo de 2026, sobre delito de estafa. Tampoco nos estamos refiriendo a la contribución en la prevención, que pasaría por la optimización del modelo de prevención de delitos, cuestión que como ve-

57 STS 239/2010, de 24 de marzo: *"el restablecimiento del daño causado a la víctima, con la consiguiente*
disminución de la necesidad de la pena a imponer integran la razón fundamental de la atenuación"

remos ya tiene su previsión propia, sin perjuicio de que en la práctica vayan ambas atenuantes de la mano, acentuado en casos como el norteamericano, en especial para los casos de *declination*.

Nos referimos a determinados casos cometidos en el seno de la empresa, habitualmente relacionados con delitos cuyo bien jurídico protegido es individual, en los que la reparación proporcionada por la persona jurídica puede tener un contenido diferente del de la persona física y no de carácter económico, pudiéndose hacer valer si no como exigencia para su apreciación, sí como elemento para graduar su intensidad (cualificada/muy cualificada).

Piénsese en la comisión de un delito de acoso ya sea sexual o de acoso laboral, ambos generadores de la responsabilidad penal de la persona jurídica[58] y, por desgracia, de habitual comisión. La persona física, en caso de solicitar la apreciación de la circunstancia, procederá a consignar lo interesado como daños morales, con independencia de otras actuaciones destinadas a la reparación. La persona jurídica, sin perjuicio de participar de lo anterior, tiene posibilidades a su alcance de forma exclusiva que reparen o disminuyan el daño causado espontánea y tempranamente, actuaciones que además están siendo de habitual aplicación. Hablamos de las medidas destinadas a la protección de la víctima en el entorno laboral[59], que en un primer estadio pasan por medidas cautelares o provisionales, como puedan ser medidas de separación física de las personas implicadas, prohibición de contacto, atención psicológica, entre otras. Estas medidas, por cierto, son habituales en el inicio de las ya nombradas y en boga investigaciones internas, como medidas cautelares. Todo ello sin perjuicio de posibles medidas definitivas disciplinarias contra la persona física responsable, restauración de condiciones económicas o funcionales que se pudiesen haber visto injustamente mermadas, entre otras.

No se puede negar el carácter reparador o reductor del daño de las medidas mencionadas que, además, están en manos del ente corporativo (a través de sus administradores), y que puede hacer valer en la apreciación de la circunstancia. El debate es si en estos casos deberá exigirlo el Juzgado o Tribunal para su apreciación o, por el contrario, se entiende como un esfuerzo añadido valorable a efectos de la intensidad aplicable de la atenuante para su concepción como cualificada o muy calificada. En nuestra opinión, podríamos estar en el primero de los casos cuando no haya participado en ninguna otra medida de reparación, mínimas si se quiere, como es la indemnización de los daños morales; y, en el segundo, en el caso de cuando habiendo participado de la reparación básica, ejerzamos estas medidas de protección.

---

58 Sin perjuicio de la discutida, aunque posible, concurrencia del beneficio para la persona jurídica, cuestión exigible como presupuesto de responsabilidad.

59 Las cuales también pueden tener una virtualidad probatoria de un eficiente modelo de prevención de delitos.

4.4. Compliance tardío

4.4.1. Concepto, características y fundamento

Así llegamos a la última de las circunstancias atenuantes ordinarias concebidas en el 31 quater CP, la cual consiste en la acreditación de un modelo de prevención de delitos antes del juicio oral, y se encuentra recogida en la letra d) del precepto de la siguiente forma:

> *d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.*

Aunque tiene un homónimo en el art. 31 bis 2 y 4 CP (afecto a la culpabilidad), sobre el que volveremos, por su carácter cronológico seguimos ante una circunstancia de naturaleza postdelictiva que infiere en una menor necesidad de la pena.

Su fundamento está relacionado con la retribución a la persona jurídica por el esfuerzo de haber implantado un modelo de prevención que no tenía o teniéndolo no disponía de las medidas eficaces para prevenir estos delitos, lo cual está íntimamente ligado con el concepto de *delito corporativo* ya tratado o de forma menos controvertida, con el núcleo de la responsabilidad penal de la persona jurídica, esto es, el defecto estructural plasmado en la carencia de medidas de prevención que revelan una ausencia de cultura de respeto al Derecho.

Sus precedentes conceptuales beben del origen del propio *compliance* y los modelos de prevención, para lo cual tenemos que acudir a Estados Unidos[60]. En cuanto a sus antecedentes normativos en nuestro ordenamiento, es la única circunstancia contemplada que no tiene, ni puede tener materialmente, similitud con lo concebido previamente para la persona física, por lo que estamos ante una circunstancia propia y natural de la persona jurídica. De hecho, con la entrada de la LO 5/2010 fue la única previsión en origen relacionada con *compliance* aunque limitaba su eficacia en la determinación de la pena a su atenuación y no a su exención, como después sí hizo el art. 31 bis en su redacción introducida por la LO 1/2015.

Lo que caracteriza esta circunstancia atenuante con respecto a lo exigido en el art. 31 bis CP en relación con los modelos de prevención, es el elemento cronológico, es decir, el momento de su acreditación que es "*antes del juicio oral*", mientras que para optar a la exención o atenuación propia del artículo 31 bis, según lo dispuesto en sus apartados.2 y 4. estamos ante un modelo implantado "*antes de la comisión del delito*".

---

60 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La responsabilidad penal de las empresas en los Estados Unidos*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006.

En definitiva, ese carácter temporal es el que hace que propongamos la denominación de la circunstancia atenuante como *compliance tardío*[61], lo que guardaría, además, una armonía terminológica con la utilizada para otras atenuantes, como la confesión (confesión tardía), cuando se realiza en un hito temporal posterior al que idealmente debería.

4.4.2. Cuestiones controvertidas

4.4.2.1. Sobre la no exigencia de un modelo de prevención de delitos para la apreciación de la atenuante

Algunas voces han señalado que, al mencionar y exigir únicamente *medidas* y no un *modelo*, no se está exigiendo un modelo de prevención de delitos al uso sino de medidas concretas para prevenir delitos lo cual no tiene por qué redundar en la constancia de un modelo de prevención de delitos general.

No podemos compartir esta tesis. Primero, porque en la práctica los tribunales han venido interpretándolo como la constancia de un modelo de prevención de delitos, como demuestra, por ejemplo, SAN 26/2025, 20 de noviembre de 2025. Por lo que mínimamente, se debe exigir la concurrencia de un modelo (que además ya incluye *medidas* como recoge el art. 31 bis), otra cosa es que al momento fuese deficitario, y su optimización con efectos atenuantes se pudiese canalizar a través de este precepto, cuestión que veremos a continuación.

En segundo lugar, porque la misma cronología y origen legislativo desarma dicha tesis al dar respuesta a la diferenciación terminológica. Se configuró de forma diferente porque al principio la única referencia al *compliance* y los modelos de prevención fue esta redacción como atenuante que se incardinó en el otrora 31 bis 4. d) CP y que ahora permanece en el art. 31 quater d). Posteriormente, con la entrada de la LO 1/2015, se introdujo el sistema actual con la entrada de los "*modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos*", es decir, los denominados, más lacónicamente, *modelos de prevención de delitos*; y esta definición y conceptualización como modelo viene de la redacción del Decreto 231/2001 italiano[62] en el que (intensamente) se inspiró nuestro legis-

---

61 Si bien es cierto que sería más riguroso con la letra de la ley el término *modelo de prevención de delitos tardío* o, aún más, *modelo de organización y gestión que incluyen medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos tardío*, por economía lingüística, claridad, y armonía por similitud con la otra circunstancia cuyo apellido es tardío confesión, nos parece indicado condensarlo en una única palabra, el anglicismo *compliance*, que ya es utilizado de forma abreviada por todos los operadores jurídicos, incluido el Tribunal Supremo.

62 Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231, *Disciplina della responsabilità ammi-*

lador[63]. Por lo que no es que el legislador quisiera diferenciarlos conceptualmente, es que, al momento de la redacción de la atenuante, todavía no había tecnificado normativamente y conceptuado los "modelos" de prevención y su papel en la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Por lo tanto, *lege lata* los términos utilizados en el art. 31 quater d) deben interpretarse exigiendo la constancia, como mínimo, de la implantación de un modelo de prevención de delitos. Cuestión distinta es que, además de ello, los términos recogidos relacionados con la eficacia puedan contener un efecto extensivo ligado a la evaluación probatoria o se pueda conjugar con la optimización del modelo aun ya implantado pero deficitario, ambas cuestiones en las que nos detendremos a continuación.

4.4.2.2. Sobre la exigencia de medidas eficaces para la apreciación de la atenuante

También se ha interpretado en ocasiones que la diferenciación de la circunstancia con las del art. 31 bis CP estriba en la exigencia de que las medidas sean *eficaces*. Tampoco podemos compartirlo, pues para la apreciación de la exención o atenuación del art. 31 bis se exige que las medidas sean *idóneas* para prevenir delitos, cuya significación es prácticamente la misma.

Otra cuestión es la dificultad en la evaluación probatoria que plantea la apreciación de la circunstancia al exigir términos de eficacia para apreciar la atenuación. Al contrario que en el art. 31 bis CP (salvo acreditación parcial) donde se aprecia la exención —luego la idoneidad puede ser despejada— aquí estamos en términos de atenuación, esto es, dentro de la responsabilidad. Es decir, debo determinar eficaz algo que, a priori, no lo ha sido, por lo que sólo puedo hacerlo en términos hipotéticos.

Se ha defendido que la solución pasa por la, también de actualidad, prueba pericial de compliance. Concurra, o no, pericial lo que sí compartimos es que debe valorarse la eficacia en términos potenciales y adaptada a los hechos delictivos enjuiciados, que es una línea a veces olvidada y que abona la jurisprudencia menor, en especial, de la Audiencia Nacional, como se ha puesto de relieve en la reciente SAN 34/2025, 19 de diciembre de 2025.

Concluyendo que es el elemento temporal, antes del juicio oral, el rasgo característico de la atenuante, lo que se debe demostrar es que con

---

nistrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300.

63 Y ello pese a que en Italia no rige como tal la responsabilidad penal de la persona jurídica sino la responsabilidad administrativa de la persona jurídica derivada de delito.

la introducción u optimización del modelo antes del juicio oral, potencialmente hubiese sido eficaz para prevenir los hechos por los que hoy se determina su responsabilidad. Ese rasgo potencial además opera en un doble sentido, uno temporal, otro material. El temporal porque es a futuro, por lo que no se puede concluir en este momento, sino hipotéticamente. El material porque aun constando implantados, la persona física siempre los puede eludir fraudulentamente —que es justamente uno de los elementos que determinaría la exención— por lo que es potencialmente eficaz/idóneo.

4.4.2.3. Sobre la conjugación aplicativa del compliance tardío con la atenuación de acreditación parcial del art. 31 bis 2 y 4 CP

Junto al catálogo de circunstancias atenuantes específicas y postdelictivas que el legislador recoge en el art. 31 quater CP, y en el que hemos centrado el presente estudio, el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas contempla un supuesto adicional de atenuación vinculado a la acreditación parcial de las condiciones de exención —relativas a la acreditación del modelo de prevención— previstas en los apartados 2[64]y 4[65] del art. 31 bis CP. Su consideración como circunstancia atenuante *strictu sensu* es ampliamente discutida[66], principalmente por ausencia de carácter postdelictivo encuadrándose en una culpabilidad disminuida —probablemente la tesis más acertada— así como por una interpretación excluyente del legislador, al no haberla calificado expresamente como circunstancia atenuante, ni encuadrada en el catálogo que supone *a priori* un numerus clausus según se puede interpretar del adverbio "sólo" (cuestión no pacífica sobre la que volveremos). De hecho, la FGE tampoco la considera circunstancia atenuante como tal sino más bien una suerte de eximente incompleta[67].

Sea como fuere, no forma parte ni está denominada ni sistematizada como una circunstancia atenuante dentro de lo que se pueda conocer como circunstancias atenuantes ordinarias o propias del art. 31 quater CP.

---

64 *"En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena"*.

65 *"en este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo"*.

66 GOENA VIVES, B. Responsabilidad... (2017) op. cit., p. 348–350.

67 La Circular 1/2016, de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado, lo dice expresamente en su apartado 5.3 («Condiciones y requisitos de los modelos de organización y gestión»): *"La previsión se presenta a modo de eximente incompleta que, con mejor sistemática, debería haberse incluido en el catálogo cerrado de atenuantes del art. 31 quater"*.

Aunque, como hemos desarrollado, la redacción del art. 31 quater d*)* gira en torno al modelo de prevención de delitos y su introducción tardía, siendo este el contenido mínimo exigible, tampoco podemos negar una aplicación respetuosa con ello, es decir, exige que conste un modelo de prevención, y a la vez dote de virtualidad a la letra de la ley en cuanto a su adjetivación eficaz o su virtualidad, por su carácter cronológico, como acicate de optimización del modelo en un momento posterior.

Sí hay una tesis que, además de original, sí podemos compartir —con algunas cautelas[68]— que puede dar una interpretación extensiva, máxime por el carácter *bonam partem* que puede regir la interpretación de atenuantes en relación con el principio de legalidad, al término de *medidas eficaces* que da respuesta a una situación práctica que puede suponer un esfuerzo para la persona jurídica acreedor de retribución penológica. Esta es el propuesto por la profesora FARALDO CÁBANA, al concluir que nada impide que la persona jurídica que haya implantado un modelo ineficaz, pero antes del juicio oral lo mejore hasta tornarlo eficaz, se le puedan aplicar ambas atenuantes[69].

Con ánimo de síntesis práctica, la aplicación de la eximente, la atenuación parcial o la circunstancia atenuante, según el momento y las circunstancias del hecho —concurriendo hipotéticamente los presupuestos y fundamento de la responsabilidad penal— quedaría de la siguiente forma:

i. Mi modelo de prevención está implantado antes de la comisión del delito y es idóneo para prevenir delitos de la misma naturaleza = exención del art. 31 bis CP.

ii. Mi modelo de prevención está implantado antes de la comisión del delito pero sus elementos sólo han podido ser acreditados parcialmente y no lo optimizo de cara al juicio oral = atenuación por acreditación parcial del art. 31 bis 2 y 4 CP.

---

68 Una interpretación formalista puede oponer que si no son "circunstancias atenuantes" en sentido estricto no se les puede aplicar las reglas de determinación del art. 66 bis CP pues se refieren nominalmente a "circunstancias atenuantes". También su conjugación con el art. 67 CP, en especial, con la acuñación del término *delito corporativo,* no obstante el elemento cronológico diferencia la atenuación del 31 bis CP con respecto del 31 quater.

69 FARALDO CABANA, Patricia, «Los compliance programs y la atenuación de la responsabilidad penal», en GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.) y MADRID BOQUÍN, Christa M. (coord.), Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 157–180, en los siguientes términos: *la persona jurídica implantó un modelo ineficaz, pero antes del juicio oral lo mejora hasta el punto de que puede ser considerado eficaz? Nada lo impide.*

iii. Mi modelo de prevención está implantado después de la comisión del delito pero antes del juicio oral = circunstancia atenuante del 31 quater d) CP.

iv. Mi modelo de prevención está implantado antes de la comisión del delito pero sus elementos sólo han podido ser acreditados parcialmente, sin embargo, con posterioridad a la comisión del delito, y antes del juicio oral, lo he optimizado haciéndolo potencialmente eficaz = atenuación por acreditación parcial del art. 31 bis 2 y 4 + circunstancia atenuante del art. 31 quater CP.

Esta interpretación contribuye al objetivo político criminal pues premia al buen sujeto corporativo que ha terminado de pulir su modelo de prevención de delitos que, de otro modo, hubiese pervivido en un estado parcialmente defectuoso proclive a una nueva comisión. Tal situación, además, entra en consonancia con el modelo norteamericano —con mayor tradición y eficacia en este sentido— donde los NPAs, DPAs, suelen incluir la exigencia de optimizaciones del modelo de prevención para no ser finalmente enjuiciado, evaluadas por el DOJ. Un modelo por cierto que parecía atisbarse —con bastantes matices— en nuestro Código Penal con la intervención judicial introducida por el art. 33 7. g) CP pero que nunca se le llegó a dotar del contenido y desarrollo que merecía.

5. ¿CONFORMAN LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES DE LA PERSONA JURÍDICA UN *NUMERUS CLAUSUS*?

Analizadas algunas de las concretas cuestiones problemáticas de cada atenuante conviene referirnos a la cuestión quizás más controvertida de las circunstancias atenuantes en general: estamos ante un catálogo cerrado o por el contrario podemos apreciar como circunstancias atenuantes algunas no contempladas expresamente por el legislador pero perfectamente aplicables. Para ello, desarrollaremos argumentos en contra y a favor, para terminar de posicionarnos sin dejar de referirnos a la atenuante de dilaciones indebidas, aplicada habitualmente para la persona jurídica.

5.1. Argumentos a favor

Comencemos por la letra de la ley. El artículo 31 quater CP comienza diciendo que "sólo" podrán considerarse circunstancias atenuantes. Para una gran mayoría, en virtud del principio de taxatividad, tal expresión ya es bastante. Además, parece que la intención del Legislador de introducir el adverbio sólo no es fortuita sino expresa[70].

70 GOENA VIVES, B. *Responsabilidad...* (2017) op. cit., p. 288.

A lo anterior contribuyen las interpretaciones del Tribunal Supremo que, sin entrar de lleno en la cuestión, primero calificó la apreciación de una atenuante fuera del catálogo (dilaciones indebidas) como "*discutible*", pero que debía tenerse en cuenta a los efectos de modulación[71], para luego definir la cuestión como "*controvertida*"[72].

Aunque calificado como discutible ya se desprende por el Alto Tribunal como resulta razonable su virtualidad, aunque sea a efectos de modulación de la pena.

Sí resultó más contundente la Sala Segunda en la STS 930/2022, de 30 de noviembre, se refirió directamente a la cuestión, sin que formase parte de la *ratio decidendi,* al querer ejemplificar el acotamiento de los preceptos para fundamentar otra cuestión:

> «Ello nos llevaría, por ejemplo, siguiendo este criterio, que tampoco podría admitirse en materia de responsabilidad de personas jurídicas cuando el art. 31 quater utiliza el adverbio "solo" para referirse a las atenuantes»[73].

Asimismo, parte de la doctrina entiende que efectivamente se configura como un numerus clausus, primando el principio de taxatividad y preponderando la locución adverbial referida, lo cual también entiende la FGE en su Circular 1/2011.

5.2. Argumentos en contra

El principio de legalidad y taxatividad —cristalizado aquí en el acotamiento realizado por "sólo"—ha sido flexibilizado *in bonam partem* en el caso de circunstancias eximentes o atenuantes, aunque con importantes matices y limitaciones[74], y siendo conscientes de que es más un enfoque a sensu contrario, pues es más sólida la apreciación de la prohibición de analogía derivada del principio de legalidad *in malam partem.*

Otro argumento crítico, relacionado con la coherencia del propio legislador, es la introducción de "sólo" para posteriormente reconocer como fór-

---

71 STS 746/2018, de 13 de febrero de 2019, ponente Antonio del Moral García, FJ 6.º: «*Es discutible, en cambio, que quepa proyectar en la persona jurídica la atenuante de dilaciones indebidas (art. 31 quater actual y anterior art. 31 bis 4). Pero lo que no admite controversia es que esa circunstancia —retrasos— puede y debe ser tomada en consideración en cualquier caso a efectos de graduar la pena dentro del marco legal (arts. 66 y 66 bis CP)*»

72 STS 483/2020, de 30 de septiembre, FJ 2.º, apartado 2.: *Por tanto, la cuestión planteada resulta controvertida*».

73 FJ 5.º

74 Véase, en este sentido, MONTIEL FERNÁNDEZ, Juan Pablo, Analogía favorable al reo: fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009.

mula de atenuación de la pena la acreditación parcial de los modelos fuera del catálogo ex art. 31 bis. 2 y 4, sin perjuicio de que, como ya vimos, pueda no constituir una circunstancia atenuante al uso.

De igual forma, en la doctrina, tanto los partidarios de la interpretación restrictiva (mayoritaria)[75] como los que no (minoritaria)[76], coinciden en que no es lógico en términos de justicia material[77] y de desigualdad, haber cerrado las atenuantes, no estableciendo circunstancias perfectamente aplicables como las dilaciones indebidas, o habilitado la posibilidad de aplicar circunstancias de análoga significación. Constituye, además de una injusticia, una desigualdad entre los regímenes aplicables a la persona física y a la jurídica donde, aunque se puedan aceptar ciertas diferencias, deben regir los principios irrenunciables que informan el Derecho penal, como bien ha reiterado el Tribunal Supremo, como ya hemos referido. Una sinrazón que también subraya la FGE[78].

Por último, lo referido en la jurisprudencia mayor puede no tener, por el momento, la fuerza suficiente al no haber sido sus pronunciamientos al respecto parte de la *ratio decidendi*. Y, en cuanto a la jurisprudencia menor, es multitudinaria la aplicación de atenuantes por las Audiencias Provinciales fuera del catálogo del art. 31 quater, en especial, de la atenuante de dilaciones indebidas, como veremos a continuación.

5.3. Toma de posición

Lege lata, nos parece difícil soslayar el adverbio "sólo" sin ir *contra legem* y quebrantar los principios de legalidad y taxatividad. No obstante, es cier-

---

75 GOENA VIVES, p.288. Goena Vives, además, desprende la voluntariedad expresa del legislador al identificar como la expresión "sólo" no constaba en el inicial proyecto de reforma de 2009, pero luego se acabó incluyendo;GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2.ª ed., Civitas–Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 222–223.

76 Aproximado en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y MONTANER FERNÁNDEZ, R. (coord.), Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 32— y de forma más contundente: ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español», en XXXII Jornadas de Estudio de la Abogacía. El nuevo Código Penal, Ministerio de Justicia, Madrid, 2011.

77 MESTRE DELGADO, Esteban, «Las circunstancias extintivas y las modificativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿numerus clausus?», Lex Criminalis, núm. 5, marzo de 2024, pp. 47–66.

78 Circular FGE 1/2011, tras entender que el empleo de «sólo» convierte el catálogo corporativo en cerrado, consideró «llamativo y difícilmente justificable» en especial para el caso de las dilaciones indebidas.

to que no tenemos, por el momento, una respuesta vinculante del Tribunal Supremo, a lo que se suma la constante aplicación de atenuantes fuera del catálogo —en especial de dilaciones indebidas— por las diferentes Audiencias Provinciales y la Audiencia Nacional[79].

Sin embargo, el argumento que nos parece que puede cobrar más fuerza para admitir, con reservas, la posibilidad de aplicar circunstancias atenuantes fuera del catálogo del art. 31 quater CP es, particularmente, la flexibilización del principio de legalidad en cuanto a eximentes y atenuantes se refiere. Una relajación que cobra especial trascendencia si la ponemos en contraste o analogía con la realizada por el propio Tribunal Supremo, precisamente en lo que se refiere a la responsabilidad penal de la persona jurídica se refiere.

Recordemos que el Tribunal Supremo está exigiendo la concurrencia de la ausencia de cultura de respeto al Derecho como núcleo de la tipicidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando dicho requisito no está positivizado en la ley penal. Sobre esta cuestión giró el voto particular concurrente de la STS 154/2016, de 29 de febrero, firmado nada menos que por siete magistrados.

Sea interpretado como un posible incumplimiento del principio de taxatividad o de certeza[80], o una cuestión de competencia[81], lo cierto es que se ha puesto en el centro de la responsabilidad penal una cuestión no recogida expresamente en el Código Penal.

Con base en lo anterior, y, por supuesto, sin olvidar los fuertes argumentos de justicia material a los que no hemos encontrado oposición por ningún operador jurídico, entendemos que no se puede —o no con la misma fuerza— hacer imperar la letra de la ley para oponer la no aplicación de atenuantes —máxime con la tradicional suavización que debe operar para las atenuantes— pero no hacerlo para determinar (en palabras del voto particu-

---

79 Entre otras: Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7.ª, Sentencia 11/2024 de 25 Feb. 2024; Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 4.ª, Sentencia 13/2023 de 10 May. 2023; Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5.ª, Sentencia 218/2023 de 11 Jul. 2023; Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 2.ª, Sentencia 165/2023 de 10 Jul. 2023; Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1.ª, Sentencia 291/2021 de 28 Dic. 2021; Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, Sentencia 440/2020 de 29 Jul. 2020.

80 Voto particular concurrente de la STS 154/2016, de 29 de febrero. 4.º: «*estimamos que incorporar al núcleo del tipo un elemento tan evanescente como la "ausencia de una cultura de respeto al derecho" no cumple con el principio de certeza, ínsito en el de tipicidad, que exige que los supuestos a los que la ley atribuya una responsabilidad penal aparezcan descritos en el texto legal con la mayor precisión posible, en todos los elementos que los definen. Criterio que, a nuestro entender, no respeta este presupuesto metalegal incorporado en la sentencia mayoritaria al art 31 bis (LA LEY 3996/1995) 1.º CP, por su carácter abierto e indeterminado*».

81 ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, *De la autopoiesis...* (2026) op. cit., p.11.

lar unificado) el núcleo del tipo de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En consecuencia, aplicando dicho criterio *bonam partem* entendemos que, aunque difícilmente, podemos encontrar, aun mínimamente, admisible la aplicación de atenuantes fuera del catálogo, en especial para el repetido y ya aplicado caso de la atenuante de dilaciones indebidas.

Lege ferenda está del todo despejada la necesidad de reformulación y admisión, ya sea con la eliminación del adverbio "sólo" o con la inclusión de circunstancias plausibles y analógicas, no siendo una cuestión controvertida que merezca más tinta que la que ya ha corrido.

6. ESPECIAL REFERENCIA A LA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS

Sin perjuicio de que, además de habilitar la apreciación de las atenuantes analógicas, hay otras circunstancias cuya aplicación a la persona jurídica podría plantearse, la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas es la más aplicable, la que más se está apreciando (¿*contra legem*?), y la que más justamente merece ser concebida para la persona jurídica, de ahí que merezca que nos detengamos, someramente, en su análisis.

La atenuante de dilaciones indebidas se conceptúa como una circunstancia ajena al justiciable relacionada con un funcionamiento anormal de la administración de justicia, que se revela en la dilatación excesiva e injustificada del procedimiento judicial, con las consecuencias perniciosas que ello puede provocar en el sujeto, disminuyendo así la necesidad de pena.

Se encuentra regulada —exclusivamente para las personas físicas— en el art. 21. 6.ª CP[82]

En cuanto a su naturaleza, es una circunstancia de carácter postdelictivo y procesal. No disminuye el injusto ni la culpabilidad del hecho por lo que, dogmáticamente, la situamos en el terreno de la punibilidad y necesidad de pena. Perfectamente aplicable a la persona jurídica.

Se fundamenta, además de en el propio derecho constitucional que veremos a continuación, en una compensación de menor penalidad por el tiempo transcurrido, tal y como señala la STS 226/2023, 29 de marzo de 2023[83].

---

82 *6.ª La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.*

83 FD 9.º: "*En suma, la atenuante de dilaciones indebidas refleja el tiempo en exceso transcurrido en la tramitación de la causa en función de la complejidad del asunto sometido a enjuiciamiento, de tal manera que lo compensa con una menor penalidad, que ha de valorarse en parámetros de complejidad y otros factores, que en este caso, ha tomado en consideración el Tribunal sentenciador, que no son reglas estrictas mediante marcadores que signifiquen componentes valorativos del hecho o*

Existe una línea doctrinal que también lo hace descansar en la pena natural que ya está sufriendo el justiciable, en la que, aunque de gran interés, no podemos profundizar por el carácter acotado del presente estudio.

Como decíamos tiene su origen fundamental en el propio derecho constitucional a "*un proceso público sin dilaciones indebidas*" que la Constitución Española consagra en su artículo 24, elevándolo a derecho fundamental[84]. No obstante, la inclusión de la cuestión no es propia de nuestra Carta Magna, pues venía recogido bajo el concepto de "*plazo razonable*" en el art. 6.1 CEDH[85]. Nótese que, tanto el CEDH como nuestra Constitución, no circunscriben exclusivamente al orden penal el derecho a un procedimiento judicial sin retraso procesal.

Sin poder detenernos en los antecedentes en la evolución jurisprudencial, las dilaciones se fueron aplicando con carácter analógico hasta que en Acuerdo del Pleno No jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo, de 21 de mayo de 1999 acordó reconocer formalmente las dilaciones indebidas como circunstancia atenuante analógica. Desde entonces se vino aplicando por los tribunales[86] hasta su final codificación en 2010 —en los términos introducidos al comienzo del epígrafe— precisamente a través de la misma reforma que introdujo la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Volvamos a la persona jurídica. El origen, fundamento y naturaleza que dio cabida a la atenuante de dilaciones indebidas es perfectamente aplicable a la persona jurídica, máxime en el contexto actual donde el atasco judicial es mayúsculo.

La lesividad que origina la compensación en la menor necesidad de pena es perfectamente concurrente, aunque de otro carácter, en la persona jurídica. Para una persona natural la dilatación —además de injusta por no tener que sufrir las consecuencias de un funcionamiento ineficiente de la administración de justicia— causa incertidumbre y alarga el desasosiego y la agonía que produce el proceso penal con un impacto importante que se puede proyectar en diferentes ámbitos, como el psicológico o el social. La persona

---

de la culpabilidad del autor (aunque la Audiencia también lo valore), sino datos de excesiva duración de la tramitación de la causa, con transcendencia penológica".

84 La incardinación del derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas dentro del artículo 24, nos recuerda la importancia de la cuestión, pues al incluirlo en su Capítulo II, Sección Primera, eleva tal garantía a derecho fundamental.

85 Art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950: "*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída... dentro de un plazo razonable*".

86 Véanse como ejemplo: STSs n.º.46/2001, de 4 de enero, n.º 2250/2001, de 13 de marzo de 2002, n.º 506/2002 de 21 de marzo, 1889/2002, de 13 de noviembre, n.º 146/2005, de 7 de febrero, n.º.94/2007, de 14 de febrero o n.º.764/2008, de 20 de noviembre, entre otras.

jurídica, en su caso, sufre desde su imputación el triple impacto (económico, reputacional y operacional), ya comentado, que se estaría alargando injustamente por causas injustas e infundadas atribuibles a un funcionamiento anormal de la Administración.

Aunque se insista en dotarla de un carácter garantista, es innegable que la condición de investigada acarrea una serie de consecuencias que, de hecho, en una persona jurídica se puede ver intensificadas por su mayor exposición —la empresa por lo general está enfocada al mercado— e incluso su más difusa protección del honor. Entre otros, el estado de imputación de una sociedad mercantil puede suponer el desafecto de sus clientes, socios de negocio, proveedores y, en definitiva, de sus grupos de interés, con un impacto en su propia pervivencia. No digamos ya en el caso de una empresa cotizada cuyo valor depende de, entre otros factores, percepciones y expectativas del mercado al que una involucración en un proceso penal, desde luego, difícilmente va a permanecer inane reputacionalmente.

De hecho, hay numerosos estudios que demuestran la gravedad del impacto reputacional —*reputational penalties and damages*— que puede tener un procedimiento judicial en una compañía, pudiendo suponer una penalidad económica cercana a ocho veces (7,5)[87] e incluso casi nueve veces[88] superior al importe de la pena o sanción administrativa, sin perjuicio de los efectos de los procesos penales tanto en la cotización, como en la pérdida de clientes y demás efectos adversos, lo cual viene identificándose desde hace años[89]. El impacto ya se evidencia durante la imputación (*enforcement period*), o desde el momento que se hace pública la situación *trigger event/ criminal allegations*.

Parece complicado que, con lo referido, se pueda entender que la persona jurídica no sufre la lesividad que origina la compensación en la menor necesidad de pena. Virtud dogmática de la atenuante, además, que al encuadrarse en términos de punibilidad, tenga un encaje limpio para la persona jurídica que no nos lleve a los acostumbrados intensos debates en este sentido.

Por tanto, desde una perspectiva material, las exigencias de proporcionalidad y justicia que fundamentan la aplicación de la atenuante resultan claras, y probablemente ello explique que numerosos tribunales continúen

87 KARPOFF, Jonathan M.; LEE, D. Scott; MARTIN, Gerald S., "The Cost to Firms of Cooking the Books", *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, vol. 43, n.º 3, 2008, pp. 581–611.

88 ARMOUR, John; MAYER, Colin; POLO, Andrea, "Regulatory Sanctions and Reputational Damage in Financial Markets", Journal of Financial and Quantitative Analysis, vol. 52, n.º 4, 2017, pp. 1429–1448.

89 ALEXANDER, Cindy R., "On the Nature of the Reputational Penalty for Corporate Crime: Evidence", The Journal of Law & Economics, vol. 42, núm 1, 1999, pp. 489–526

apreciándola, pese a los argumentos legislativos e incluso jurisprudenciales en contra.

7. CONCLUSIONES

I. Allí donde se ha regulado la responsabilidad penal de la persona jurídica se han concebido factores de modulación de la pena en función de determinadas circunstancias. Estos factores (en caso de atenuar la pena) si no se han articulado en la ley penal como circunstancias atenuantes propias, como es el caso de España, Portugal o Chile, se han concebido como directrices que, con mayor o menor fuerza vinculante, son tenidas muy en cuenta por el Ministerio Público o los Tribunales, como son los casos de los países de mayor tradición en responsabilidad penal de la persona jurídica, es decir, Estados Unidos, Reino Unido y Países Bajos. Las atenuantes reguladas en los distintos países suelen tener un contenido similar estando relacionadas con la colaboración con la Administración de Justicia, la reparación del daño o los modelos de prevención de delitos.

II. Las circunstancias atenuantes contempladas en el art. 31 quater de nuestro Código Penal —a saber, confesión, colaboración, reparación del daño y *compliance* tardío[90]— son todas de naturaleza postdelictiva, fundamentadas en razones político-criminales vinculadas a la disminución de la necesidad de pena al valorar positivamente, si se quiere con carácter premial o retributivo, determinadas conductas de la persona jurídica.

III. Ya sea por herencia de la problemática general de la responsabilidad penal de la persona jurídica, por su íntima relación con la práctica procesal penal y la defensa de la persona jurídica, o por su vinculación con cuestiones de plena actualidad en Derecho penal de la empresa —como son los modelos de prevención de delitos y las investigaciones internas— lo cierto es que han aflorado diferentes cuestiones controvertidas en su concepción y aplicación que merecen nuevas líneas de interpretación *lege lata* cuando no nuevas propuestas en *lege ferenda*.

IV. Consolidado por el Tribunal Supremo el modelo de autorresponsabilidad, defendemos que el contenido de la confesión de la persona jurídica debería girar sobre el hecho corporativo que le es propio, su infracción, esto es, el defecto estructural en su modelo de prevención de delitos.

---

90 Término propuesto en el presente trabajo para denominar a la atenuante del art. 31 quater d) CP.

V. La apreciación de la atenuante de confesión, ex art. 31 quater a) CP, como consecuencia de la autodenuncia de la persona jurídica supone una respuesta insuficiente e ineficaz a los efectos de promover la revelación de los delitos, debiéndose positivizar *lege ferenda* la exención de responsabilidad penal para los casos de autodenuncia como máxima expresión de la diligencia del sujeto, de la idoneidad de su modelo de prevención de delitos y de la cultura de cumplimiento de respeto al Derecho, así como de su contribución a la perseguibilidad del delito, fundamentos sobre los que descansa la atenuante. Esta, además, es una cuestión que ya se demandó por importantes voces desde los inicios de la responsabilidad penal de la persona jurídica y viene aplicándose en el extranjero, especialmente en Estados Unidos, bajo la figura del *self disclosure*.

VI. La autodenuncia realizada por la persona jurídica ante el Ministerio Fiscal, practicada en cumplimiento del art. 9.2 j) de la Ley 2/2023, puede subsistir con la apreciación de la atenuante de confesión para la misma, siempre que la confesión no se limite a la mera y exclusiva remisión de la información de la comunicación interna, y se haga en los términos y con el contenido exigible para la atenuante en las personas jurídicas, en especial, por su contenido relacionado con su núcleo de responsabilidad y culpabilidad, esto es, el defecto estructural del modelo de prevención. Todo ello con independencia de la fragilidad constitucional de la citada disposición legal, en especial, por su incidencia en el derecho a la no auto incriminación de la persona jurídica.

VII. La atenuante de colaboración configurada en el art. 31 quater b) CP, de creación *ex novo* (aunque con precedentes similares en la confesión tardía de las personas naturales) y a la que suele preceder —para poder dotarla del contenido exigido— la práctica de una investigación interna por la persona jurídica que interesa su aplicación, aunque recoge un margen temporal más flexible que la confesión, está formulada bajo criterios de una exigencia desproporcionada. Las notas requeridas de aportación de pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales, revelan un carácter resultadista que desalienta la finalidad incentivadora. Así, una persona jurídica que decida colaborar, habiendo ya sacrificado su posición procesal —al menos en términos de exención— y ejecute una investigación interna invirtiendo todos los medios a su alcance no tiene ninguna garantía de que vaya a apreciarse, pues puede inferirse que los resultados no han sido nuevos o decisivos. Ello sin perjuicio de que presionar con resultados a la persona jurídica puede provocar la realización de una investigación interna irregular y no garantista, lo cual no es difícil, dada la pluralidad de

cuestiones y derechos en juego durante las mismas. Entendemos, por tanto, que debe otorgarse mayor peso, en su valoración, a la puesta de medios que al resultado, además de rebajarse la exigencia de sus requisitos. En consecuencia, *lege ferenda* proponemos una redacción alternativa[91] más proporcional y garantista, sin que pierda rigurosidad, pues sigue manteniendo la exigencia de aportación de pruebas.

VIII. En referencia a la atenuante de reparación del daño ex art. 31 quater c) CP, aunque es cierto que en la mayoría de situaciones la reparación realizada por la persona jurídica tendrá un contenido pecuniario, encontramos casos en la práctica en los que la persona jurídica puede reparar el daño producido con acciones sin contenido económico. Nos referimos a delitos cometidos en el seno de la empresa con bienes jurídicos protegidos individuales, como son los delitos de acoso ya sea sexual o moral. La persona jurídica puede activar medidas de protección de la víctima en el entorno laboral, como la separación física de los afectados, la prohibición de contacto, atención psicológica a la víctima, restauración, en su caso, de condiciones económicas o funcionales que se pudieran haber visto injustamente mermadas, entre otras. Estas son, desde luego, medidas que pueden reparar o mitigar los efectos del delito y que, con independencia de otras, posibilitan la fundamentación de la apreciación de la circunstancia ya sea de base o en su consideración como cualificada o no cualificada.

IX. En cuanto a la atenuante de *compliance* tardío del art. 31 quater d) CP, de la diferencia terminológica entre la redacción del art. 31 quater d) y la del art. 31 bis CP no puede inferirse que no se exige, como mínimo, un modelo de prevención de delitos, aun en origen defectuoso. Llegamos a dicha conclusión no sólo a partir de las resoluciones de la jurisprudencia menor sino también del análisis del recorrido legislativo. Asimismo, la diferencia con respecto al art. 31 bis CP, en cuanto a la exigencia de medidas *eficaces*, no radica en el término, pues el art. 31 bis exige la muy similar adjetivación de *idóneas*, sino en el hito temporal y naturaleza de la valoración, que invita al oxímoron. En la circunstancia de *compliance* tardío debe valorarse la eficacia aun cuando estamos en el marco de la atenuación, es decir, ya concluida la responsabilidad, por lo que nos invita a valorar como eficaz algo que no lo ha sido. En consecuencia, tal valoración preventiva debe hacerse siempre en términos potenciales e hipotéticos, y proyectada

91 "Haber colaborado de forma sustancial en la investigación aportando, en cualquier momento, pruebas relevantes para el esclarecimiento de los hechos".

sobre los concretos hechos y delitos enjuiciados, cuestión esta última en la que insiste la Audiencia Nacional en sentencias recientes.

X. Teniendo cabida alguna objeción, entendemos que sí puede proceder la apreciación de la circunstancia atenuante de *compliance* tardío del art. 31 quater d) CP junto con la atenuación por acreditación parcial del modelo ex art. 31 bis 2 y 4. Lo anterior sucederá cuando se advierta que el modelo de prevención estaba implantado defectuosamente (elementos acreditados parcialmente) antes de la comisión del delito y, con posterioridad a la comisión del delito y antes del juicio oral, se ha optimizado haciéndolo potencialmente eficaz. Esta interpretación, además, contribuye al objetivo político criminal de la circunstancia, pues premia al buen sujeto corporativo que ha terminado de pulir su modelo de prevención de delitos que, de otro modo, hubiese pervivido en un estado parcialmente defectuoso proclive a una nueva comisión.

XI. Después de quince años demandando al legislador, sin éxito, la apertura del catálogo de circunstancias atenuantes de la persona jurídica que parece estar cerrado bajo el adverbio "sólo" que encabeza el art. 31 quater CP, no podemos más que tratar de encontrar, con extrema dificultad, una propuesta *lege lata* que nos ayude a soslayar una situación de grave injusticia material para la persona jurídica. Nuestra propuesta descansa en la base de la flexibilización del principio de taxatividad que puede operar (conscientes de sus limitaciones) in *bonam partem* en relación con las atenuantes y eximentes, tomando en consideración, por contraste y analogía, la relajación del principio de certeza que aplicó la propia Sala Segunda al exigir como *núcleo del tipo objetivo* el concepto de *ausencia de cultura de respeto al Derecho*, lo cual no estaba ni está positivizado en la ley penal. Es decir, si el Tribunal Supremo de algún modo relajó el principio de certeza en la concepción del núcleo de la responsabilidad penal de la persona jurídica, de igual forma deberíamos poder flexibilizarlo para poder optar a atenuantes de perfecta y necesaria aplicación para la misma, como lo son las dilaciones indebidas.

XII. Dicho lo anterior es cierto que, aunque con iniciales vacilaciones y consciente de la controversia, la Sala Segunda se manifestó en 2022 afirmando el carácter cerrado del catálogo, si bien como ejemplificación y con carácter *obiter dictum*. Tampoco es menos cierto que las Audiencias Provinciales y la Audiencia Nacional —con cierta regularidad y también con posterioridad a la sentencia de 2022— vienen apreciando circunstancias atenuantes fuera del catálogo, especialmente, las dilaciones indebidas. En consecuencia, seguir negando la posibilidad de aplicación supone afirmar que los an-

teriores órganos jurisdiccionales están operando manifiestamente *contra legem*.

XIII. *Lege ferenda* es obvia la necesidad de abrir el catálogo a nuevas circunstancias atenuantes, de concebir la posibilidad de apreciar circunstancias analógicas y, en especial, de introducir formalmente las dilaciones indebidas para la persona jurídica. El impacto para la persona jurídica de un procedimiento penal, aun en su fase de instrucción, se proyecta en una triple consecuencia —económica, reputacional, operacional— que puede afectar a la pervivencia de la empresa. De hecho, estudios en parte encuadrables en el análisis económico del Derecho han venido demostrando cómo las consecuencias reputacionales de los procedimientos judiciales, en especial los penales, pueden suponer pérdidas reputacionales casi nueve veces superiores a las multas impuestas. Sabedores de ello, y en el contexto de atasco judicial en el que nos encontramos, nos cuesta seguir negándole a la persona jurídica la apreciación de la circunstancia de dilaciones indebidas en espera de un legislador que no llega, una atenuante que, no olvidemos, se entronca en un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXANDER, Cindy R. «On the Nature of the Reputational Penalty for Corporate Crime: Evidence», *The Journal of Law & Economics*, vol. 42, 1999, pp. 489–526.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1981.

ARIAS EIBE, Manuel José *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2007.

ARMOUR, John; MAYER, Colin; POLO, Andrea «Regulatory Sanctions and Reputational Damage in Financial Markets», *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, vol. 52, n.º 4, 2017, pp. 1429–1448.

BARCELÓ MOYANO, Marta «Obligaciones de reporte al Ministerio Fiscal en la nueva ley de protección de whistleblowers», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 31 de marzo de 2023.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo «Las fundaciones ante el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, año 2012, Iustel, Madrid, 2013, p. 176.

FARALDO CABANA, Patricia «Los compliance programs y la atenuación de la responsabilidad penal», en GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.) y MADRID BOQUÍN, Christa M. (coord.), *Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 157–180.

GOENA VIVES, Beatriz *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 1.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2017.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos *La responsabilidad penal de las empresas en los Estados Unidos*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos «La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 222–223.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Universidad de Valencia, Valencia, 1988.

KARPOFF, Jonathan M.; LEE, D. Scott; MARTIN, Gerald S. «The Cost to Firms of Cooking the Books», *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, vol. 43, n.º 3, 2008, pp. 581–611.

LASCURAÍN, Juan Antonio «Elogio de la pena a la persona jurídica (y II)», *Almacén de Derecho*, 24 de noviembre de 2020.

LIÑÁN LAFUENTE, Alfredo «La Ley 2/2023, de protección del informante, vs. el derecho a la no autoincriminación de la persona jurídica», *La Ley Penal*, n.º 162, 2023.

MASFERRER DOMINGO, Aniceto «La ciencia del Derecho penal en la codificación decimonónica. Una aproximación panorámica a su contenido y rasgos fundamentales», en ALVARADO PLANAS, Javier y SERRANO MAÍLLO, Alfonso (coords.), *Estudios de historia de las ciencias criminales en España*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 273–350.

MESTRE DELGADO, Esteban «Las circunstancias extintivas y las modificativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿numerus clausus?», *Lex Criminalis*, núm. 5, marzo de 2024, pp. 47–66.

MONTIEL FERNÁNDEZ, Juan Pablo *Analogía favorable al reo: fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009.

MORALES PRATS, Fermín Comentario al artículo 31 quater, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L. «El sistema de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», p. 104.

MUÑOZ CONDE, Francisco *Teoría general del delito*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p.260.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo «De la autopoiesis al pragmatismo: el silencioso periplo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Tribunal Supremo», *La Ley Compliance Penal*, n.º 25, 2026.

POZUELO PÉREZ, Laura «La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 22–17, 2020, pp. 1–28.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo «Determinación de la pena y política criminal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 4, 1978, pp. 49–70.

ROBINSON, Paul H.; CAHILL, Michael T. «The Accelerating Degradation of American Criminal Codes», *Hastings Law Journal*, vol. 56, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y MONTANER FERNÁNDEZ, R. (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 32.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. «Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español», en *XXXII Jornadas de Estudio de la Abogacía. El nuevo Código Penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2011.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

- STS 418/2026, de 22 de junio.
- STS 356/2026, de 21 de mayo.
- STS 768/2025, de 25 de septiembre.
- STS 298/2024, de 8 de abril.
- STS 689/2023, de 26 de septiembre.
- STS 226/2023, de 29 de marzo.
- STS 199/2023, de 21 de marzo.
- STS 930/2022, de 30 de noviembre.
- STS 894/2022, de 11 de noviembre.
- STS 741/2022, de 20 de julio.
- STS 496/2020, de 8 de octubre.
- STS 483/2020, de 30 de septiembre.
- STS 356/2020, de 29 de junio.
- STS 597/2019, de 3 de diciembre.
- STS 454/2019, de 8 de octubre.
- STS 234/2019, de 8 de mayo.
- STS 746/2018, de 13 de febrero.
- STS 750/2017, de 22 de noviembre.
- STS 583/2017, de 19 de julio.
- STS 427/2017, de 14 de junio.
- STS 221/2016, de 16 de marzo.
- STS 154/2016, de 29 de febrero, incluido su voto particular concurrente.
- STS 514/2015, de 2 de septiembre.
- STS 239/2010, de 24 de marzo.
- STS 764/2008, de 20 de noviembre.
- STS 94/2007, de 14 de febrero.

- STS 146/2005, de 7 de febrero.
- STS 1889/2002, de 13 de noviembre.
- STS 506/2002, de 21 de marzo.
- STS 2250/2001, de 13 de marzo.
- STS 46/2001, de 4 de enero.
- Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 21 de mayo de 1999, relativo a las dilaciones indebidas.

Tribunal Superior de Justicia

- STSJ de Islas Baleares 39/2023, de 29 de mayo de 2023.

Audiencia Nacional

- SAN 34/2025, de 19 de diciembre de 2025.
- SAN 26/2025, de 20 de noviembre de 2025.
- SAN 13/2023, de 10 de mayo de 2023.
- SAN 14/2020, de 6 de octubre de 2020.

Audiencias Provinciales

- SAP Málaga, Sección 7.ª, 11/2024, de 25 de febrero de 2024.
- SAP Pontevedra, Sección 5.ª, 218/2023, de 11 de julio de 2023.
- SAP Pontevedra, Sección 2.ª, 165/2023, de 10 de julio de 2023.
- SAP Navarra, Sección 1.ª, 291/2021, de 28 de diciembre de 2021.
- SAP Alicante, Sección 7.ª, 440/2020, de 29 de julio de 2020.
- SAP Madrid, Sección 17.ª, 545/2018, de 16 de julio.

Estados Unidos:

- *United States v. Stericycle, Inc.*, No. 1:22-cr-20156-KMM (S. D. Fla. 2022).
- *United States v. Telefonaktiebolaget LM Ericsson*, No. 1:19-cr-00884-AJN (S. D. N. Y. 2019).

Boletín del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (4ª Época)

Nº 3 / Septiembre, 2026
pp. 213–255

Jaime González Gugel

Profesor Asociado Universidad San Pablo CEU·
Abogado en Oliva-Ayala Abogados · Certified Fraud Examiner

LA PERSONA JURÍDICA ANTE EL DELITO FISCAL: RESIDENCIA FISCAL, CERTIFICADO EXTRANJERO Y TIPICIDAD FLOTANTE EN EL PROCESO PENAL[1]

RESUMEN:

El análisis de la responsabilidad penal de la persona jurídica también necesita el test de la Parte Especial. Este trabajo analiza la residencia fiscal de la persona jurídica como presupuesto del delito contra la Hacienda Pública en los supuestos en que existe un certificado de residencia fiscal extranjero. Partiendo de la indeterminación del concepto de residencia societaria en el Derecho tributario interno y convencional, se examina el valor jurídico-probatorio del certificado emitido por una autoridad fiscal extranjera, la doctrina del principio de no indagación elaborada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo y su posible proyección sobre el proceso penal. El estudio sostiene que, cuando existe un convenio de doble imposición aplicable, la residencia fiscal no puede reconstruirse unilateralmente mediante criterios internos desplazados por el tratado, pues ello afecta al sistema de fuentes, a la legalidad penal y a la integración del art. 305 CP como norma penal en blanco. Se realiza un análisis crítico de la autonomía valorativa sugerida por la STS 274/2026 y se propone un estándar probatorio reforzado: la acusación solo podrá destruir el valor del certificado acreditando su falsedad, o su obtención fraudulenta, siempre más allá de toda duda razonable.

---

1 Abreviaturas utilizadas: AEAT: Agencia Estatal de Administración Tributaria; APA: Acuerdo Previo de Valoración; ATAD: Anti-Tax Avoidance Directive; BEPS: Base Erosion and Profit Shifting; BOE: Boletín Oficial del Estado; CDI: Convenio de Doble Imposición; CE: Constitución Española; CLB: cláusula de limitación de beneficios; CP: Código Penal; DAC: Directive on Administrative Cooperation; FJ: fundamento jurídico; IRNR: Impuesto sobre la Renta de no Residentes; IRPF: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; IS: Impuesto sobre Sociedades; LECrim.: Ley de Enjuiciamiento Criminal; LGT: Ley General Tributaria; LIRPF: Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; LIS: Ley del Impuesto sobre Sociedades; LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial; MAP: Mutual Agreement Procedure; MCOCDE: Modelo de Convenio de la OCDE; NPP: norma de propósitos principales; OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos; POEM: Place of Effective Management; SENIAT: Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; TEAC: Tribunal Económico-Administrativo Central; TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Palabras clave:

residencia fiscal; persona jurídica; delito fiscal; certificado de residencia fiscal; convenio de doble imposición; norma penal en blanco; tipicidad flotante; prueba penal.

ABSTRACT:

This article examines corporate tax residence as a prerequisite for tax crime where a foreign tax residence certificate has been issued. It starts from the indeterminate nature of corporate residence under both domestic and treaty-based tax law and analyses the legal and evidentiary value of certificates issued by foreign tax authorities, the Spanish Supreme Court's administrative-law doctrine of non-inquiry, and its possible implications for criminal proceedings. The article argues that, where an applicable double taxation treaty exists, tax residence cannot be reconstructed unilaterally through domestic criteria displaced by the treaty, since doing so affects the hierarchy of sources, the principle of legality in criminal law and the integration of Article 305 of the Spanish Criminal Code as a blank criminal provision. It critically assesses the normative autonomy suggested by Supreme Court Judgment 274/2026 and proposes a heightened evidentiary standard: the prosecution may only rebut the certificate by proving its falsity, fraudulent procurement or breach of the treaty rules themselves, always beyond reasonable doubt.

Keywords:

tax residence; legal person; tax crime; tax residence certificate; double taxation treaty; blank criminal provision; floating criminality; criminal evidence.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. 2. LA RESIDENCIA FISCAL DE LA PERSONA JURÍDICA: UN CONCEPTO JURÍDICO AMBIGUO. 2.1. La ambigüedad e indeterminación en el plano del Derecho tributario internacional. 2.2. La indeterminación en el Derecho español: el artículo 8 LIS. 3. EL CERTIFICADO DE RESIDENCIA FISCAL EXTRANJERO. 3.1. El certificado de residencia fiscal en el sistema convencional: naturaleza jurídica y función probatoria. 3.2. La doctrina del principio de no indagación: la STS 778/2023 y su consolidación. 3.3. El régimen español del certificado y la obligación de cooperación previa. 3.4. Los límites de la potestad comprobatoria de la AEAT y la seguridad jurídica. 4. LA STS 274/2026 (SALA SEGUNDA): ANÁLISIS CRÍTICO. 4.1. El supuesto de hecho y los pronunciamientos de la sentencia. 4.2. La autonomía proclamada frente a la Sala Tercera: una ruptura del sistema de fuentes. 5. EL DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA COMO NORMA PENAL EN BLANCO Y LA INCIDENCIA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS DE «RESIDENCIA FISCAL» Y «SEDE DE DIRECCIÓN EFECTIVA». 5.1. Introducción: delito contra la Hacienda pública como norma penal en blanco. 5.2. Incidencia de los conceptos jurídicos indeterminados de «residencia fiscal» y «sede de dirección efectiva». 5.3. ¿Cuándo el conflicto de residencia es economía de opción y cuándo es evasión? 6. DIMENSIÓN PROCESAL: PREJUDICIALIDAD, CARGA DE LA PRUEBA Y ESTÁNDAR PROBATORIO DEL CERTIFICADO DE RESIDENCIA. 6.1. La residencia fiscal como elemento normativo del tipo: la cuestión prejudicial en el proceso penal por delito fiscal. 6.2. La carga de la prueba en el proceso penal tributario y el valor probatorio del certificado de residencia. 6.3. Propuesta de estándar probatorio para el certificado de residencia extranjero en el proceso penal. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En los últimos años, la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) ha venido consolidando una práctica que genera una relevante controversia jurídica: la de ignorar o desconocer los certificados de residencia fiscal emitidos por Administraciones tributarias extranjeras para, prescindiendo de ellos, someter a tributación en España a personas jurídicas formalmente domiciliadas fuera de España. El fundamento habitual de esta práctica es la aplicación del criterio de la «sede de dirección efectiva» previsto en el artículo 8.1.c) de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS), cuya concurrencia en territorio español la Administración afirma poder acreditar con independencia de lo que certifiquen las autoridades fiscales del Estado donde la sociedad tiene su domicilio formal[2]. Esta práctica afecta de forma especialmente intensa a las multinacionales y a sociedades de servicios de inversión con presencia internacional, respecto de las cuales la AEAT viene cuestionando la residencia extranjera declarada para someterlas a tributación en España[3].

Esta controversia, en principio propia del Derecho tributario y del procedimiento de inspección, ha adquirido una dimensión cualitativamente distinta y más gravosa cuando estas recalificaciones del hecho imponible han sido derivadas al proceso penal con el argumento de que la residencia fiscal en un tercer Estado invocada por la entidad contribuyente constituiría un medio fraudulento para evitar la tributación en España.

Nos encontramos, por tanto, ante una controversia que en vía tributaria constituye un desacuerdo entre jurisdicciones que en muchas ocasiones puede suponer la aplicación de un Convenio de Doble Imposición (CDI), pero que, en vía penal, se transforma en un juicio sobre si la residencia fiscal en un tercer Estado —que se niega— evidencia que el contribuyente actuó con dolo defraudatorio, esto es, con la intención de «defraudar para eludir» el pago del tributo que el art. 305 CP exige como elemento subjetivo del tipo, con consecuencias potencialmente muy distintas en una u otra jurisdicción.

---

2 Marta SOLSONA SALES, "La residencia fiscal de las personas jurídicas", *Cuadernos de Formación del Instituto de Estudios Fiscales*, vol. 29, colab. 14/23, 2023, pp. 239–246, disponible en: https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/cf/29_14.pdf [consulta: 21 de agosto de 2026].

3 Enrique DE MIGUEL CANUTO, "Consideraciones sobre el lugar de residencia en la imposición de los fondos de inversión internacionales", en Manuel LUCAS DURÁN (dir.) y Andrés GARCÍA MARTÍNEZ (coord.), *Residencia fiscal: problemática y cuestiones actuales*, *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 6/2019, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2019, pp. 130–150, disponible en: https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2019_06.pdf [consulta: 21 de agosto de 2026].

El presente trabajo parte del estudio del concepto jurídico de residencia fiscal de la persona jurídica, tanto en el Derecho tributario nacional como en el convencional, para concluir que se trata de un concepto jurídico ambiguo o indeterminado que plantea dificultades específicas cuando opera como presupuesto del delito contra la Hacienda Pública.

El análisis continúa con la función jurídica del certificado de residencia extranjero como instrumento formal de certeza que los CDI y las directrices de la OCDE prevén para evitar los supuestos de doble imposición, así como con las posibilidades de cooperación entre Estados. En este contexto cobra especial relevancia la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo iniciada con la Sentencia de 12 de junio de 2023 (rec. 915/2022), según la cual cuando existe un CDI en vigor entre España y el Estado emisor del certificado, el principio de no indagación debería impedir su desconocimiento unilateral fuera de los cauces convencionales previstos. Sin embargo, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 274/2026, de 9 de abril, que realiza una interpretación doctrinal autónoma de aquella emanada por la Sala Tercera obliga a realizar una revisión crítica ante la aparente reapertura del debate dogmático y procesal sobre la naturaleza y función del certificado de residencia. Si bien conviene precisar, ya de inicio, que la STS 274/2026 se refiere a un supuesto de persona física y que su utilización en este trabajo tiene una función estrictamente metodológica: examinar si la autonomía probatoria allí proclamada puede trasladarse a los conflictos de residencia fiscal de personas jurídicas.

De lo anterior se colige que, considerando la naturaleza penal-sustantiva del delito contra la Hacienda Pública (art. 305 CP) como paradigma de la norma penal en blanco, se imponen a los intérpretes del Derecho exigencias especialmente intensas derivadas del principio de legalidad penal en su vertiente de *lex certa* (art. 25.1 CE): si el propio Derecho tributario no ofrece un criterio determinado sobre la residencia fiscal de la persona jurídica, la norma penal en blanco carece de un referente normativo suficientemente preciso. Este análisis, a la luz de las sentencias de las distintas Salas del Tribunal Supremo, arroja el resultado de lo que cabe denominar *tipicidad flotante*: el mismo hecho —una persona jurídica con certificado de residencia extranjero— podría no ser sujeto susceptible de tributación en España en vía administrativa, y sin embargo ser sometida a un proceso penal por defraudación a la Hacienda pública en caso de ser analizado por un Tribunal penal.

Finalmente, se analiza la dimensión procesal de la problemática estudiada desde una triple perspectiva: la prejudicialidad, la carga de la prueba y el estándar probatorio exigible para destruir el valor del certificado de residencia extranjero en el proceso penal. Sobre esa base, se propone un criterio reforzado conforme al cual la acusación solo podrá neutralizar el certificado acreditando, más allá de toda duda razonable, su falsedad, o su obtención fraudulenta.

2. LA RESIDENCIA FISCAL DE LA PERSONA JURÍDICA: UN CONCEPTO JURÍDICO AMBIGUO

2.1. La ambigüedad e indeterminación en el plano del Derecho tributario internacional

La residencia fiscal opera, en el sistema de tributación en residencia, como criterio de conexión subjetivo que se distingue del criterio de la fuente —de alcance limitado a las rentas obtenidas en el territorio— en que fundamenta una sujeción tributaria de alcance universal o ilimitado. Esa universalidad queda, sin embargo, modulada cuando existe un CDI en vigor entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente: en ese caso, las reglas de distribución del Convenio determinan la eficacia concreta de la potestad tributaria basada en la residencia y prevalecen sobre el Derecho interno de los Estados contratantes.

La razón de ser de este sistema de tributación en residencia se fundamenta en que el Estado de residencia es quien realiza el gasto público del que se benefician sus residentes, quien puede mejor ponderar la capacidad económica del contribuyente por agregación de renta, beneficios y patrimonio, y quien alberga generalmente los gastos vinculados a la obtención de los rendimientos, de modo que solo la tributación en residencia permite compensar adecuadamente ingresos y gastos a escala mundial.[4]

Sin embargo, el punto de partida de cualquier análisis sobre la residencia fiscal de la persona jurídica debe ser el reconocimiento de que el Derecho tributario internacional carece de una definición unitaria y vinculante del concepto.

Desde una óptica de derecho comparado, Traversa[5] explica —con remisión a los informes nacionales respectivos incluidos en la misma obra— que existen dos criterios mayoritarios utilizados en la tributación societaria interna para definir este concepto. El primero es el lugar de constitución/domicilio registral o sede legal, y el segundo es el lugar de dirección efectiva o sede real, siendo este último el más frecuente, con excepciones como Fin-

---

4 Manuel LUCAS DURÁN, "Residencia y territorialidad: BEPS y la necesidad de revisar los principios tradicionales de la fiscalidad internacional", en Isaac MERINO JARA (dir.) y Antonio VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA (coord.), *Problemas actuales sobre la residencia fiscal: perspectivas interna, comunitaria e internacional*, *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 7/2018, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2018, pp. 14–38, disponible en: https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2018_07.pdf [consulta: 21 de agosto de 2026].

5 Edoardo TRAVERSA, "Corporate Tax Residence at the Crossroads between International Competition and Convergence: Outlining the Debate", en Edoardo TRAVERSA (ed.), *Corporate Tax Residence and Mobility*, *EATLP International Tax Series*, vol. 16, IBFD, Ámsterdam, 2018, pp. 5–8.

landia, Ucrania, Suecia y los Estados Unidos de América. Pero añade este autor que el concepto de «lugar de dirección efectiva» es interpretado de manera muy diferente entre todas las jurisdicciones que utilizan el mismo. En algunas, como el Reino Unido, la República Checa y Bélgica, se refiere al lugar de dirección y control central. En otras, como Austria y Alemania, se centra en el lugar de gestión operativa y cotidiana. Además, el «lugar de dirección efectiva», o en inglés «Place of Effective Management» (POEM), puede interpretarse de manera bastante formal, como ocurre en Bélgica —el lugar donde se reúne el consejo de administración—, o de forma más sustantiva, como en Italia, donde se toma en consideración el lugar en el que se desarrolla la actividad principal y sustancial. Y, en cuanto a su aplicación, algunos países cuentan con una legislación detallada sobre los elementos del «lugar de dirección efectiva», como Rusia, mientras que otros, como el Reino Unido o Austria, dejan su determinación a los tribunales, caso por caso.

Otros elementos contenidos en la legislación tributaria interna de los países para determinar el «lugar de dirección efectiva» incluyen el lugar de la oficina principal o sede central, el lugar de la actividad principal y la nacionalidad o residencia de la compañía.

El artículo 4.3 del Modelo de Convenio de la OCDE (MCOCDE) —norma de referencia para los más de noventa convenios de doble imposición suscritos por España— no define la residencia de la entidad, sino que se limita a remitir a la legislación de cada Estado contratante, que puede determinar la condición de residente por razón del «domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga».

El conflicto surge, precisamente, cuando dos legislaciones diferentes aplican simultáneamente criterios distintos a la misma entidad y llegan a una conclusión concurrente: que la sociedad es residente en su territorio.

La arquitectura por remisión a las legislaciones internas pone de manifiesto una tensión histórica existente en el Derecho internacional entre dos grandes tradiciones que coexisten: la *Sitztheorie* de origen continental —predominante en los sistemas jurídicos de Europa occidental—, que hace depender la residencia del lugar donde la sociedad tiene su «sede real» o su «domicilio social» efectivo, esto es, el lugar desde el que se dirige y administra; y la *incorporation theory* de raíz anglosajona —dominante en el Reino Unido, Irlanda, Estados Unidos y en los territorios tributarios de su esfera de influencia—, que ancla la residencia en el lugar de constitución o incorporación formal de la entidad, con independencia de dónde se tomen materialmente las decisiones.[6] Ninguna de estas tradiciones ha prevalecido

6 Sobre estas tradiciones históricas y sus implicaciones prácticas, véase Roland ISMER, "History and Emergence of the Corporate Residence Concept in Europe: A Comparative Approach", en Edoardo TRAVERSA (ed.), *Corporate Tax Residence*

sobre la otra a nivel internacional, y el MCOCDE no opta por ninguna de ellas; se limita a aceptar que cada Estado aplique la suya.

El artículo 4.3 MCOCDE introdujo históricamente la *sede de dirección efectiva* como regla de desempate (*tie-breaker*) para los conflictos de doble residencia de personas jurídicas: cuando ambos Estados consideraban residente a la misma entidad, se atribuía la residencia al Estado donde se encontrara «su sede de dirección efectiva».[7] Los Comentarios al MCOCDE definían este concepto como «el lugar donde se toman de hecho las decisiones comerciales clave y las decisiones de gestión necesarias para llevar a cabo el conjunto de las actividades empresariales o profesionales de la entidad».[89] El carácter aparentemente objetivo de esta formulación en realidad oculta un concepto de difícil concreción al que se le añade la dificultad de que en los grupos multinacionales modernos, las decisiones de gestión no se toman en un único lugar sino que suelen distribuirse entre el consejo de administración, la dirección ejecutiva, los comités de auditoría, las unidades de negocio regionales y los asesores externos, con frecuencia situados en jurisdicciones distintas.[10] En el plano convencional, Báez Moreno y Zornoza Pérez muestran que, dentro de una red convencional heterogénea, el criterio de la sede

---

and Mobility, *EATLP International Tax Series*, vol. 16, IBFD, Ámsterdam, 2018, pp. 27–52.

7 Art. 4.3 del Modelo de Convenio de la OCDE, en la redacción anterior a la actualización de 2017: «Cuando, en virtud de las disposiciones del apartado 1, una persona que no sea una persona física sea residente de ambos Estados contratantes, se considerará residente solamente del Estado donde se encuentre su sede de dirección efectiva».

8 Comentarios al art. 4.3 del Modelo de Convenio de la OCDE, párr. 24, versión condensada de 2014. Marta GONZÁLEZ APARICIO, "La determinación de la residencia de las entidades en el marco de la normativa convencional internacional", en Manuel LUCAS DURÁN (dir.) y Andrés GARCÍA MARTÍNEZ (coord.), *Residencia fiscal: problemática y cuestiones actuales*, *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 6/2019, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2019, pp. 114–129, disponible en: https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2019_06.pdf [consulta: 21 de agosto de 2026]. La autora señala que la actualización de 2008 suprimió la referencia al lugar de reunión del consejo de administración como indicador principal, precisamente porque «las tecnologías de la comunicación actuales permiten que tales reuniones o decisiones se celebren en distintos Estados de forma simultánea».

9 OCDE, *The 2025 Update to the OECD Model Tax Convention*, OECD Publishing, París, 2025, https://doi.org/10.1787/5798080f-en. La actualización no introduce cambios normativos en el art. 4 —relativo al concepto de residente— ni en el mecanismo de resolución de los conflictos de doble residencia de las personas jurídicas. Sus principales modificaciones se concentran en el art. 5, relativo al establecimiento permanente, y en los arts. 9, 25 y 26, sin alterar el régimen de residencia fiscal de las personas jurídicas previsto en el Modelo.

10 Sobre la dispersión geográfica de las funciones directivas en los grupos multinacionales modernos, véase Manuel LUCAS DURÁN, 2018: 14–38.

de dirección efectiva constituía la fórmula tradicional predominante en los convenios basados en el art. 4(3) del MCOCDE anterior a 2017.[11] Por su parte, González Aparicio documenta con precisión la pluralidad de posiciones nacionales sobre qué factor debe prevalecer en la determinación de la sede de dirección efectiva —el lugar de reunión del consejo, el domicilio del consejero delegado, el lugar de los archivos contables, la sede de la oficina central— y concluye que «la falta de armonización en la noción de sede de dirección efectiva entre los distintos Estados» genera «inseguridad jurídica en torno a este concepto».[12] El mismo autor ha documentado como algunos convenios suscritos por España (Chile, Estonia, Letonia, Lituania, Canadá, EE.UU.) ya preveían el MAP como mecanismo de resolución de conflictos de doble residencia incluso antes de la reforma BEPS; otros mantienen la sede de dirección efectiva como criterio automático; y otros combinan ambos mecanismos de forma que no siempre resulta fácil de articular.[13]

No obstante lo anterior, la posición española ante el Convenio Multilateral ha sido la de *reservar* expresamente el derecho a no incorporar el nuevo art. 4.3 MCOCDE 2017 en su red de convenios, lo que significa que España mantiene en vigor los CDI existentes con sus redacciones originales, con independencia de que el estándar OCDE haya evolucionado.[14] El resultado

---

11 Andrés BÁEZ MORENO y Juan José ZORNOZA PÉREZ, "Spain", en Edoardo TRAVERSA (ed.), *Corporate Tax Residence and Mobility*, *EATLP International Tax Series*, vol. 16, IBFD, Ámsterdam, 2018, pp. 543–572, https://doi.org/10.59403/201ya7t023.

12 Marta GONZÁLEZ APARICIO, 2019: 117–118. La autora reproduce las posiciones divergentes de Corea, Japón, Turquía, Estados Unidos, Francia, Italia, Hungría, Armenia, Bulgaria, Rusia, Tailandia, Vietnam, Azerbaiyán, Argentina, India, Kazajistán y Singapur respecto del art. 4.3 del Modelo de Convenio de la OCDE, lo que refleja la profundidad del desacuerdo internacional sobre los factores determinantes de la sede de dirección efectiva.

13 GONZÁLEZ APARICIO, 2019: 125–128. La autora desarrolla un análisis detallado de las variantes que presentan los CDI suscritos por España respecto del art. 4.3 del Modelo de Convenio de la OCDE: convenios que adoptan sin matizaciones el criterio de la sede de dirección efectiva —la mayoría—; convenios que añaden, como criterio subsidiario, el lugar de constitución cuando no puede determinarse la sede de dirección efectiva —CDI con Alemania, en su versión de 1968, y CDI con Austria de 1966—; convenios que prevén el procedimiento de acuerdo mutuo (MAP) como criterio principal —CDI con Chile, Estonia, Letonia y Lituania, de 2003; CDI con Armenia de 2010; CDI con Canadá, en su versión revisada de 2014; y CDI con Estados Unidos—; convenios que combinan la sede de dirección efectiva como criterio principal con el MAP como mecanismo subsidiario —CDI con México, en su versión revisada de 2015—; y convenios con redacciones atípicas —CDI con Ecuador de 1991, que alude tanto a la sede de dirección como a la sede de administración efectiva, sin establecer prevalencia entre ellas—.

14 España formuló una reserva al art. 4.3 del Convenio Multilateral para impedir su aplicación a sus CDI, señalando que la sede de dirección efectiva debía continuar siendo un factor determinante en el procedimiento de acuerdo mutuo. Véase

es que la determinación de la residencia fiscal de una persona jurídica en un conflicto España-tercer Estado puede regirse por normas convencionales de hasta treinta años de antigüedad, interpretadas con categorías conceptuales que los propios organismos internacionales han declarado obsoletas.

El Plan de Acción BEPS de la OCDE no resolvió esta indeterminación, sino que la reconoció y amplió. Las Acciones 2 y 6, reflejadas en la actualización del artículo 4.3 MCOCDE de 2017, sustituyeron el criterio automático de la sede de dirección efectiva por un *procedimiento de acuerdo mutuo* (*Mutual Agreement Procedure*, MAP) entre las autoridades competentes de los Estados contratantes. Esta sustitución tiene una consecuencia fundamental que la doctrina ha señalado unánimemente: la resolución del conflicto de doble residencia ya no depende de un criterio jurídico más o menos ambiguo, sino de la negociación discrecional entre dos Administraciones tributarias, y, a falta de acuerdo, la entidad con doble residencia queda en una situación de indeterminación que puede traducirse en la imposibilidad de acceder a los beneficios del CDI. Lucas Durán subraya que esta solución convierte el MAP en el instrumento ordinario de resolución de conflictos de residencia corporativa, a pesar de que dicho procedimiento «fue diseñado como un procedimiento de carácter excepcional», carece de plazo máximo de resolución y no impone a los Estados la obligación de llegar a un acuerdo. Sánchez de Castro Martín-Luengo se muestra también crítico pero desde una perspectiva de Derecho de la UE: la ausencia de acuerdo en el MAP priva a la entidad afectada de los beneficios del Convenio, consecuencia que puede resultar desproporcionada cuando la doble residencia no responde a ninguna finalidad elusiva[15]. Voces como la de Soto Bernabéu[16] se muestran también críticas opinando que la sustitución del criterio objetivo de la sede

---

Laura SOTO BERNABÉU, "Conflictos de doble residencia, deslocalización de la residencia habitual y apátridas fiscales", en Isaac MERINO JARA (dir.) y Antonio VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA (coord.), *Problemas actuales sobre la residencia fiscal: perspectivas interna, comunitaria e internacional*, *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 7/2018, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2018, pp. 325–356, disponible en: https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2018_07.pdf [consulta: 21 de agosto de 2026]; y GONZÁLEZ APARICIO, 2019: 128.

15 Enrique SÁNCHEZ DE CASTRO MARTÍN-LUENGO, "Traslados artificiales de la residencia fiscal de las personas jurídicas a nivel internacional: la deslocalización de la sede de dirección efectiva. Cuestiones generales y soluciones potenciales", en Isaac MERINO JARA (dir.) y Antonio VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA (coord.), *Problemas actuales sobre la residencia fiscal: perspectivas interna, comunitaria e internacional*, *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 7/2018, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2018, pp. 229–259, disponible en: https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2018_07.pdf [consulta: 21 de agosto de 2026].

16 SOTO BERNABÉU, 2018: 350.

de dirección efectiva por el procedimiento amistoso constituye «la última opción deseable», porque traslada la resolución del conflicto de residencia a la discrecionalidad negociada de las Administraciones y aumenta con ello la inseguridad jurídica de los contribuyentes afectados[17]. Por ello, su conclusión final reclama la necesidad de alcanzar, al menos en el ámbito de la Unión Europea, un consenso que permita fijar un concepto de residencia fiscal único para las personas jurídicas.

El factor tecnológico ha agravado la inoperatividad práctica del criterio de la sede de dirección efectiva. Como señala Lucas Durán, el desarrollo de las tecnologías de comunicación a distancia —videoconferencia, plataformas de colaboración digital, reuniones telemáticas del consejo de administración— permite que los órganos de gobierno de una entidad adopten sus decisiones desde cualquier lugar del mundo sin necesidad de presencia física en ningún territorio determinado, lo que hace que el criterio de la sede de dirección efectiva «se haya convertido en un criterio inoperante para resolver los conflictos de doble residencia de las personas jurídicas». Esta constatación, formulada con carácter general en el ámbito de la reforma BEPS, es especialmente relevante en el contexto del presente trabajo ya que si la sede de dirección efectiva es inoperante como criterio de determinación de la residencia en el ámbito tributario-administrativo, difícilmente puede servir de referente normativo preciso para la construcción típica del delito contra la Hacienda Pública.

A esta dificultad se añade que la globalización y la tecnología han favorecido la aparición de un problema especialmente sensible para las Administraciones tributarias: el traslado artificial de la residencia fiscal. Para

17 OCDE, *2024 Mutual Agreement Procedure (MAP) Statistics*, OECD Publishing, París, 2025, publicación presentada en el marco del 7th OECD Tax Certainty Day, de 31 de octubre de 2025, disponible en: https://www.oecd.org/en/events/2025/10/oecd-tax-certainty-day-2025.html [consulta: 21 de agosto de 2026]. Frente a la visión escéptica de parte de la doctrina tributaria española sobre la eficacia del MAP, las estadísticas más recientes de la OCDE permiten matizar esa valoración. Los datos de 2024 recogidos en el estudio muestran una consolidación progresiva del procedimiento amistoso como instrumento de seguridad jurídica internacional: con cobertura de 141 jurisdicciones, el 76% de los casos cerrados alcanzaron una resolución íntegra y solo el 4% concluyó sin acuerdo. La duración media global se situó en 27,4 meses y la antigüedad del inventario pendiente refleja una mejora respecto del ejercicio anterior. Con todo, el caso español revela límites importantes: España cerró 2024 con el segundo mayor volumen mundial de casos abiertos, una tasa de resolución inferior a la media global, un incremento del 20% en el atraso acumulado y tiempos medios de resolución muy superiores al estándar internacional. El MAP aparece así como un mecanismo útil y en expansión, pero no exento de riesgos de demora e inseguridad práctica cuando las Administraciones competentes no disponen de capacidad (o voluntad) suficiente para gestionarlo eficazmente.

combatirlo, han existido iniciativas como Unshell o ATAD 3, que constituyó el intento más específico de la Comisión Europea —presentado el 22 de diciembre de 2021— de combatir el uso de sociedades fantasma mediante la exigencia de una sustancia económica mínima, mecanismos de control y mayor transparencia informativa. Sin embargo, el ECOFIN retiró definitivamente la propuesta el 18 de junio de 2025, tras constatar la imposibilidad de alcanzar la unanimidad requerida en materia fiscal europea después de más de tres años de negociaciones. Con todo, la retirada de la directiva autónoma no implica el abandono del objetivo material perseguido. La lucha contra las entidades carentes de sustancia económica se mantiene, aunque ahora mediante la incorporación de esos principios a la reforma y refundición de la Directiva de Cooperación Administrativa, en particular en el marco de la DAC6[18].

Así, la indeterminación del concepto de residencia se presenta también como el gran escollo en el contexto específico del traslado artificial de residencia. Para Sánchez de Castro Martín-Luengo la respuesta a esta indeterminación del concepto de residencia se debe articular por medio de una doble vía: de un lado, reforzar los criterios materiales de residencia y coordinar el Derecho interno con los instrumentos OCDE/BEPS y los convenios bilaterales, de forma que se limiten los traslados artificiales de la sede de dirección efectiva sin sacrificar la seguridad jurídica; de otro, complementar esa respuesta con la utilización sistemática de cláusulas antiabuso generales y especiales, mecanismos de transparencia fiscal internacional y de limitación de beneficios, y una interpretación teleológica del art. 8 LIS que otorgue prioridad a la sede de dirección efectiva real frente al mero lugar de constitución.

En suma, la noción de residencia fiscal cumple una función que se sitúa en el centro del Derecho tributario internacional: constituye el criterio fundamental para la distribución de la potestad tributaria entre Estados y el presupuesto del principio de tributación por la renta mundial, de modo que la inexistencia de una definición unitaria de residencia es la causa estructural de los conflictos de doble residencia entre entidades. Los CDI tratan de dar solución a estos conflictos y operan como normas de reparto (*allocation of taxing rights*) que limitan un poder tributario preexistente de los Estados firmantes, distribuyendo esa potestad mediante los puntos de conexión de la residencia y la fuente. Esta limitación de la soberanía fiscal explica por qué la indeterminación o ambigüedad del criterio de residencia no es una cuestión meramente técnica, sino que incide directamente en el reparto del

18 Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo relativo al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad sobre los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información, *DOUE* L 139, de 5 de junio de 2018, p. 1.

poder de imposición entre jurisdicciones, lo que, a nuestro juicio, tendrá incidencia sobre la tipicidad penal cuando los hechos se deriven al ámbito penal.

2.2. La indeterminación en el Derecho español: el artículo 8 LIS

El artículo 8.1 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), establece tres criterios alternativos de residencia en España: la constitución conforme a las leyes españolas, el domicilio social en territorio español y la sede de dirección efectiva en territorio español. La concurrencia de cualquiera de estos tres criterios determina, con independencia de los demás, la condición de residente en España a efectos del IS. Esta estructura, sustentada en tres criterios distintos y que permite la coexistencia de criterios formales (constitución, domicilio social) con el criterio material de la sede de dirección efectiva, genera ya en el plano del Derecho interno español una primera fuente de indeterminación: una entidad puede ser residente en España por el criterio de la sede de dirección efectiva aunque haya sido constituida en el extranjero y tenga formalmente su domicilio social en el extranjero, exactamente como puede ser residente en otro Estado por razones simétricas.

El tercer criterio —la sede de dirección efectiva— es, como se ha señalado, el de mayor conflictividad práctica. El art. 8.1 LIS lo define de forma que merece la calificación de concepto jurídico indeterminado en sentido técnico: se entenderá que una entidad tiene su sede de dirección efectiva en territorio español «cuando en él radique la dirección y control del conjunto de sus actividades». Pérez Royo señaló que este concepto «es una cuestión de hecho —que radique en España la dirección y el control del conjunto de sus actividades— que deberá resolverse atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto», y que «la normativa nacional tampoco define de manera clara el concepto de sede de dirección efectiva», de modo que la referencia legal deja «un gran margen al arbitrio del intérprete».[19] En efecto, el legislador no ha precisado qué factores determinan la «dirección y control», qué ocurre cuando esos factores se distribuyen entre distintos países, ni qué peso relativo tiene cada uno de ellos cuando apuntan en sentidos diferentes.

La LIS añade, en el mismo artículo 8.1, una presunción *iuris tantum* de residencia española aplicable a las entidades domiciliadas en paraísos fisca-

19 Fernando PÉREZ ROYO, "El Impuesto sobre Sociedades", en Fernando PÉREZ ROYO (dir.), *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, pp. 316–317. La Dirección General de Tributos ha tratado de precisar el concepto en las consultas vinculantes V0011/2002, V0106–08 y V2879–16, identificando la sede de dirección efectiva con el lugar donde se adoptan las decisiones de gestión más importantes, aunque sin establecer un orden de prelación entre los distintos factores relevantes cuando estos apuntan en direcciones diferentes.

les o territorios de nula tributación, cuando sus activos principales radiquen en España o su actividad principal se desarrolle en este territorio, «salvo que dicha entidad acredite que su dirección y efectiva gestión tienen lugar en aquel país o territorio» y que su constitución y operativa «responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas».[20] A diferencia de la presunción establecida para las personas físicas en el art. 8.2 LIRPF —que Cámara Barroso califica como *iuris et de iure* e indestructible durante los cinco años posteriores al traslado—,[21] la presunción de la LIS para personas jurídicas admite prueba en contrario.

Soto Bernabéu ha sistematizado con particular claridad las fuentes concretas de esta inseguridad jurídica[22]: a su juicio, el criterio de la sede de dirección efectiva del art. 8.1 LIS puede considerarse un concepto jurídico indeterminado por la conjunción de dos incertidumbres distintas —qué debe entenderse por «dirección y control» y cuál es el alcance de la expresión «del conjunto de sus actividades»—, de modo que su aplicación exige, inevitablemente, una aproximación casuística. Respecto de la primera incertidumbre, la autora se remite a la Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos n.º 128/04, que localiza la sede de dirección efectiva allí donde se toman de forma efectiva las decisiones que permiten el normal desarrollo de la empresa, en línea con el concepto de *key management* de los Comentarios al

---

20 Art. 8.1, párrafo segundo, de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades: «Se entenderá que una entidad radicada en algún país o territorio de nula tributación, o calificado como paraíso fiscal, tiene su residencia en territorio español cuando sus activos principales, directa o indirectamente, consistan en bienes situados o derechos que se cumplan o ejerciten en territorio español, o cuando su actividad principal se desarrolle en éste, salvo que dicha entidad acredite que su dirección y efectiva gestión tienen lugar en aquel país o territorio, así como que la constitución y operativa de la entidad responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas distintas de la simple gestión de valores u otros activos». Sobre la evolución histórica de esta presunción, desde su introducción por la Ley 36/2006 en el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 2004 hasta su formulación actual, véase GONZÁLEZ APARICIO, 2019: 124–125.

21 María del Carmen CÁMARA BARROSO, "Luces y sombras de la residencia fiscal extendida", en Isaac MERINO JARA (dir.) y Antonio VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA (coord.), *Problemas actuales sobre la residencia fiscal: perspectivas interna, comunitaria e internacional*, *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 7/2018, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2018. La autora califica la presunción del art. 8.2 LIRPF como *iuris et de iure* —por no admitir prueba en contrario— y plantea dudas sobre su compatibilidad con la libre circulación de personas reconocida por el TFUE, a la luz de la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *Cadbury Schweppes* (C-196/04), *Lasteyrie du Saillant* (C-9/02) y *N* (C-470/04), que exige que las medidas antiabuso permitan al contribuyente acreditar la realidad económica de la operación cuestionada.

22 SOTO BERNABÉU, 2018: 325–356.

art. 4 MCOCDE; respecto de la segunda, propone entender que concurre en España la dirección y control del conjunto de las actividades cuando las decisiones empresariales relevantes se adopten aquí en términos relativos —es decir, cuando en ningún otro país se adopte un volumen mayor de decisiones sustanciales—, y no en términos absolutos. La autora concluye, además, que el carácter expansivo de los tres criterios del art. 8.1 LIS hace aconsejable que la condición de residente se reserve a las personas jurídicas que mantengan una vinculación real con el territorio español, y no a aquellas que solo formalmente se hubieran constituido conforme a la legislación española.

3. EL CERTIFICADO DE RESIDENCIA FISCAL EXTRANJERO

3.1. El certificado de residencia fiscal en el sistema convencional: naturaleza jurídica y función probatoria

El certificado de residencia fiscal es el instrumento jurídico-formal que el propio sistema convencional internacional prevé para acreditar la condición de residente en un Estado a los efectos de la aplicación de un CDI. Su naturaleza es la de un acto administrativo emitido por la autoridad fiscal soberana del Estado contratante que certifica, conforme a su propio ordenamiento jurídico interno, que la persona en cuestión satisface los requisitos de residencia definidos en el Convenio. Dicho de otra forma: el certificado no acredita simplemente un hecho —dónde vive o desde dónde se dirige la entidad—, sino también la concurrencia de los presupuestos jurídicos que, según el Derecho interno del Estado emisor y conforme al concepto convencional de «residente» del art. 4.1 MCOCDE, determinan la sujeción de la persona al poder tributario de ese Estado por la totalidad de su renta mundial.

En el plano del Derecho interno español, la Orden EHA/3316/2010, de 17 de diciembre, regula el modelo de los certificados de residencia fiscal emitidos por la AEAT y las condiciones que deben reunir los certificados extranjeros para desplegar efectos en España a los efectos de la aplicación de los CDI, si bien esta norma se analizará en detalle más adelante.

De este régimen resultan dos exigencias formales: que el certificado sea emitido por la autoridad fiscal competente del Estado contratante y que conste de forma expresa que se expide «a los efectos del Convenio», lo que supone que la autoridad emisora ha verificado que el contribuyente es residente «en el sentido del Convenio» y no simplemente en el sentido de su Derecho interno general. Esta exigencia de contenido específico tiene una consecuencia sustantiva: cuando el certificado cumple estos requisitos, su contenido no es el de una mera prueba documental equiparable a cualquier otro elemento del expediente administrativo, sino el de una declaración formal de un Estado soberano sobre la situación jurídico-tributaria de una persona en su territorio, declaración que ha sido verificada por la autoridad competente conforme al Derecho convencional bilateralmente acordado.

Desde la perspectiva de la teoría de la prueba en materia tributaria, la doctrina ha discutido durante largo tiempo si el certificado extranjero expedido a efectos de un CDI constituye una prueba tasada —esto es, de eficacia probatoria predeterminada por la ley, que no admite valoración libre por la Administración o el tribunal— o si ha de tratarse como una prueba cualificada o reforzada, que, sin excluir la valoración por los órganos nacionales, impone a estos una carga argumentativa específica para apartarse de su contenido. Falcón y Tella y Pulido Guerra venían sosteniendo, en el contexto de los CDI, que la soberanía fiscal del Estado emisor imponía un principio de deferencia hacia los actos de las autoridades tributarias extranjeras que operaría con independencia de la valoración de los hechos por los órganos nacionales: si la autoridad competente del otro Estado había certificado la residencia «en el sentido del Convenio», la Administración española no estaría habilitada para sustituir ese juicio con el suyo propio, porque hacerlo implicaría asumir competencia sobre la interpretación y aplicación del Derecho interno del otro Estado —facultad que no le correspondería en un sistema de distribución bilateral de potestades tributarias—. No obstante, también podía alcanzarse una conclusión análoga por vía de la jerarquía normativa: el CDI incorporado al ordenamiento jurídico español ex art. 96 CE prevalecería sobre las normas internas, lo que significaría que las reglas de distribución de la potestad tributaria entre los Estados contratantes —incluida la relativa a quién certifica la residencia— no podrían ser desplazadas unilateralmente por una de las partes, so pena de incurrir en infracción del Convenio y de vulnerar el art. 96 CE[23].

Este debate doctrinal ha sido sustancialmente resuelto, aunque no definitivamente cerrado, al menos en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, por la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo entre 2023 y 2025, de la que ya hemos dado algunas pinceladas y que se analizará a continuación.

3.2. La doctrina del principio de no indagación: la STS 778/2023 y su consolidación

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección 2.ª) núm. 778/2023, de 12 de junio[24], constituye el hito jurisprudencial más relevante

---

23 Ramón FALCÓN Y TELLA y Elvira PULIDO GUERRA, *Derecho fiscal internacional*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 16–27, donde los autores explican que los límites convencionales al ejercicio de la potestad tributaria vinculan a todos los poderes del Estado en virtud del art. 96 CE. Véase también Ramón FALCÓN Y TELLA, "Otras medidas para la prevención del fraude contenidas en la Ley 36/2006, de 29 de noviembre (y II)", *Quincena Fiscal*, núms. 3–4, 2007, pp. 9–10.

24 STS (Sala Tercera, Sección 2.ª) núm. 778/2023, de 12 de junio, rec. núm. 915/2022, ECLI:ES:TS:2023:2735.

en la materia y ha transformado de forma sustancial el tratamiento del certificado de residencia fiscal extranjero en la práctica administrativa y judicial española. La cuestión de interés casacional admitida versaba sobre si un órgano judicial o administrativo podía, con el fin de comprobar la residencia fiscal de un administrado —persona física—, prescindir del contenido de un certificado de residencia fiscal emitido por las autoridades de un Estado que ha suscrito con España un CDI, cuando dicho certificado se ha extendido a los efectos del Convenio.

La respuesta del Tribunal fue categóricamente negativa. En el plano de la teoría general de las fuentes del Derecho, el Tribunal subrayó que el CDI, como tratado internacional ratificado y publicado en el BOE, forma parte del ordenamiento jurídico interno ex art. 96 CE y prevalece sobre las normas internas; en consecuencia, las reglas que el Convenio establece para la distribución de la potestad tributaria y la resolución de conflictos de residencia no son disponibles por ninguno de los Estados contratantes de forma unilateral. Además, en el plano probatorio, el Tribunal estableció que la residencia fiscal «no puede ser una noción que se determine de manera unilateral», sino que «ha de ser probada y acreditada», y que el certificado de residencia expedido por la autoridad competente del otro Estado contratante «a los efectos del Convenio» es el instrumento específicamente previsto para esa acreditación, que despliega sus efectos jurídicos desde el momento de su presentación, al margen de los demás elementos del expediente administrativo. La Sala afirmó también que los órganos administrativos o judiciales nacionales «no son competentes para enjuiciar las circunstancias en las que se ha expedido» el certificado extranjero ni, en consecuencia, para prescindir de su contenido: hacerlo equivaldría a asumir competencia sobre el Derecho interno del Estado emisor y sobre el ejercicio de sus potestades soberanas de certificación, lo que resulta contrario al principio de reconocimiento mutuo de los actos de las autoridades tributarias de los Estados signatarios de un CDI. La fundamentación en el art. 96 CE refuerza la naturaleza constitucional del límite impuesto a la potestad comprobatoria de la AEAT: no se trata de una cuestión de legalidad ordinaria, sino de supremacía del Derecho convencional sobre el Derecho interno. Por último, desde una perspectiva procedimental, el Tribunal precisó que la respuesta correcta ante la presentación de un certificado extranjero válido no es su desestimación por la Administración española, sino el reconocimiento de la existencia de un conflicto de doble residencia y la aplicación de las reglas de desempate (*tie-breaker rules*) previstas en CDI correspondiente —en el caso de personas físicas: vivienda permanente, centro de intereses vitales, residencia habitual, nacionalidad— y, en último término, si esas reglas tampoco resolvieran el conflicto, la apertura de un procedimiento amistoso (MAP) con el Estado emisor del certificado.

La doctrina fijada por la STS 778/2023 fue inmediatamente objeto de aplicación y matización por la misma Sala. La Sentencia núm. 1236/2024, de 9 de julio[25], precisó el alcance del principio en un supuesto en el que el certificado extranjero había sido expedido por las autoridades del Reino Unido a contribuyentes sometidos al régimen de tributación de *remittance basis*, esto es, un régimen en el que el residente no tributa por su renta mundial, sino sólo por las rentas obtenidas en el Reino Unido y las remitidas a ese territorio. La cuestión era si ese régimen especial impedía calificar al contribuyente como residente «en el sentido del Convenio»—que exige, en su acepción tradicional, sujeción por la totalidad de la renta—. La Sala resolvió que el certificado expedido en tales circunstancias conserva su presunción de validez a efectos del CDI, con una matización relevante: la presunción cede «si, dados los hechos probados o no controvertidos, se aprecia que la declaración de ese certificado constituye una vulneración de la norma que en el Convenio mismo regula qué debe entenderse a sus efectos por residencia fiscal». Esta matización introduce un límite al principio de no indagación: la deferencia hacia el certificado extranjero no opera cuando el propio Convenio —y no el Derecho interno español— establece que ese régimen fiscal no genera la condición de residente «en el sentido del Convenio». Es, por tanto, un límite de naturaleza convencional y no administrativa: la Administración española no puede sustituir el juicio de la autoridad extranjera sobre su propio Derecho interno, pero sí puede hacer valer la correcta aplicación de las normas del CDI que son de aplicación bilateral.

La Sentencia núm. 971/2025, de 15 de julio[26], constituye un nuevo paso en la consolidación de la doctrina. En ella, la Sala reiteró con precisión que «para analizar la existencia de un conflicto de residencia entre dos Estados, la validez de un certificado de residencia expedido por las autoridades fiscales del otro Estado contratante en el sentido del CDI debe ser presumida, no pudiendo ser su contenido rechazado» y que «un Estado firmante de un CDI no puede, de forma unilateral, enjuiciar la existencia de un conflicto de residencia, prescindiendo de la aplicación de las normas específicas suscritas en el referido Convenio, siendo necesario acudir a las normas previstas para su solución». La Sentencia, sin embargo, desestimó el recurso del contribuyente porque —aun aceptando que el certificado expedido por las autoridades del Reino Unido debía presumirse válido— resultaba acreditado por prueba directa y concluyente que el recurrente no disponía de vivienda permanente en el Reino Unido, primer criterio de desempate del art. 4.2 del CDI, mientras que en España tenía domicilio acreditado, empadronamiento,

25 STS (Sala Tercera, Sección 2.ª) núm. 1236/2024, de 9 de julio, rec. núm. 1913/2023, ECLI:ES:TS:2024:3881.

26 STS (Sala Tercera, Sección 2.ª) núm. 971/2025, de 15 de julio, rec. núm. 4023/2023, ECLI:ES:TS:2025:3498.

asistencia sanitaria y vehículos registrados a su nombre. Es más, la Sentencia responsabiliza al recurrente de haber enfocado su defensa desde la perspectiva de las reglas de desempate, reconociendo que existía un conflicto de residencia y debilitando el valor probatorio del certificado. La doctrina, pues, se confirma en toda su extensión; su inaplicación al caso se explica por la aplicación de las propias reglas del CDI, no por su derogación.

3.3. El régimen español del certificado y la obligación de cooperación previa

La Orden EHA/3316/2010, de 17 de diciembre, establece el procedimiento de emisión de certificados de residencia fiscal por la AEAT, distinguiendo el certificado de residencia general y el certificado «a los efectos del Convenio»—equivalente exacto del que emiten los Estados contratantes extranjeros en aplicación del mismo instrumento convencional—. La Orden exige que la emisión solo tenga lugar «efectuadas las comprobaciones oportunas» por el órgano de gestión competente, lo que implica necesariamente una verificación previa de que el solicitante cumple los criterios legales de residencia fiscal en España.

Esta exigencia pone de manifiesto una contradicción difícilmente sostenible en la práctica de la AEAT: España exige que sus propios certificados de residencia fiscal, emitidos tras verificación administrativa previa, sean respetados por las autoridades fiscales extranjeras como expresión de la soberanía fiscal y del principio de confianza mutua entre Administraciones; sin embargo, cuando un tercer Estado emite un certificado análogo —sometido a idéntica lógica de verificación por la autoridad fiscal competente en su propio territorio y conforme a su propio ordenamiento— en aplicación de un CDI suscrito con España, la AEAT lo desconoce unilateralmente. La asimetría carece de justificación jurídica.

Montero Domínguez[27] ha destacado que esta actividad comprobadora previa no es una mera formalidad administrativa, sino la manifestación de una doble naturaleza jurídica del certificado: de un lado, constituye un derecho del contribuyente frente a la Administración que debe expedirlo; de otro, su presentación es, correlativamente, la obligación que pesa sobre quien pretende invocar la aplicación de un CDI para acreditar su condición de residente ante el otro Estado contratante. De esa exigencia comprobadora se desprende, para el autor, la verdadera naturaleza jurídica del certificado: se trata de un acto administrativo de carácter informativo que acredita hechos previamente comprobados por la Administración emisora, y no de una

27 Antonio MONTERO DOMÍNGUEZ, "La residencia fiscal. Acreditación de la residencia a través de los certificados fiscales", *Cuadernos de Formación*, colab. 11/07, vol. 3, Instituto de Estudios Fiscales, 2007, pp. 166–172.

mera declaración de parte trasladada sin control al expediente. El concepto mismo de certificación implica la «acreditación de hechos relativos a la situación tributaria» del obligado tributario, de manera que el sumatorio de los hechos comprobados por la Administración genera una consecuencia jurídica determinada: el reconocimiento de la residencia en el territorio de que se trate o, en su caso, de la no residencia.

En el plano del Derecho de la Unión, la Directiva 2011/16/UE (DAC) establece que «sin contar con la información facilitada por otros Estados miembros, un Estado miembro, por sí solo, no puede gestionar el sistema tributario nacional», convirtiendo la cooperación en una obligación estructural del sistema. Su art. 6.3 impone a la autoridad tributaria que albergue dudas sobre la residencia de una entidad domiciliada en otro Estado miembro solicitar la información correspondiente antes de adoptar una decisión unilateral. Si la AEAT prescinde del certificado extranjero sin haber agotado previamente estos cauces de verificación —ya sea a través de la DAC para los Estados miembros, ya sea a través del artículo de intercambio de información del CDI aplicable respecto de terceros Estados—, su actuación resulta contraria al principio de proporcionalidad. Como se desarrollará en el epígrafe 6, esta exigencia de cooperación previa incide directamente sobre la suficiencia de la prueba de cargo en el proceso penal.

3.4. Los límites de la potestad comprobatoria de la AEAT y la seguridad jurídica

La doctrina consolidada por la Sala Tercera entre 2023 y 2025 delimita con claridad los contornos de la potestad comprobatoria de la AEAT en presencia de un certificado extranjero válido, y esa delimitación tiene consecuencias de primer orden para el objeto del presente trabajo.

El primer límite es de naturaleza competencial: la AEAT no tiene potestad para revisar los actos de las autoridades tributarias extranjeras ni para sustituir su valoración jurídica del Derecho interno del Estado emisor. Este límite deriva directamente de la soberanía fiscal del Estado emisor del certificado y de la estructura bilateral del CDI como instrumento de distribución de potestades entre dos sujetos soberanos de Derecho internacional. Cuando la AEAT prescinde de un certificado extranjero válido y procede a gravar al no residente aplicando criterios de Derecho interno español, no está ejerciendo una potestad comprobatoria legítima, sino sustituyendo la función soberana del otro Estado contratante, lo que constituye, en la terminología de la Sala Tercera, una infracción del art. 96 CE y de las disposiciones del Convenio aplicable.

El segundo límite es de naturaleza procedimental: ante la presentación de un certificado extranjero válido, la AEAT no puede limitarse a rechazarlo y aplicar los criterios de la LIS o del LIRPF. Debe, de forma preceptiva, reco-

nocer la existencia de un conflicto de doble residencia y acudir a las reglas de resolución del CDI. Solo si esas reglas resultan insuficientes para resolver el conflicto —esto es, si las distintas *tie-breaker rules* del art. 4.2 o 4.3 MCOCDE no producen un resultado determinado— puede plantearse la apertura de un MAP con la autoridad competente del otro Estado. En ningún caso puede la AEAT —ni el Ministerio Fiscal en sede penal— resolver unilateralmente la controversia de residencia aplicando criterios de Derecho interno con preferencia sobre el régimen convencional.

El tercer límite es de naturaleza material y ha sido explicitado por la Sala Tercera con una precisión técnica que resulta esencial para el análisis de la posterior STS 274/2026 de la Sala Segunda: la presunción de validez del certificado extranjero solo cede cuando la prueba en contrario acredite que el certificado es falso, se obtuvo fraudulentamente o fue expedido en vulneración de las propias normas del CDI —esto es, cuando la persona no cumple los requisitos que el Convenio exige para ser considerada residente «en el sentido del Convenio»—, no cuando la prueba acredite simplemente que la persona —física o jurídica— tiene también vínculos con España que, según el Derecho interno español, podrían generar la condición de residente en España. Es decir, el estándar para superar la presunción de validez del certificado no es la prueba de que el contribuyente tiene vínculos con España —esto es, precisamente, la hipótesis contemplada por las reglas de desempate, que presuponen la existencia de doble vinculación—, sino la prueba de que el certificado carece de fundamento en el Derecho convencional. Esta construcción protege la función de seguridad jurídica que los CDI están llamados a cumplir: si bastara con acreditar vínculos materiales con España para desvirtuar el certificado extranjero, el CDI quedaría reducido a una cláusula decorativa, porque la AEAT podría siempre invocar el art. 8 LIS o el art. 9 LIRPF para recobrar la potestad tributaria que el Convenio pretende distribuir de forma exclusiva.

El cuarto límite, que la Sala Tercera no ha formulado explícitamente pero que se desprende de su doctrina, concierne a los mecanismos de cooperación administrativa. Cuando existe entre España y el Estado emisor del certificado un marco convencional que incluye cláusulas de intercambio de información —como es el caso de la mayoría de los CDI suscritos por España con Estados de la OCDE—, la AEAT tiene a su disposición el mecanismo del intercambio de información a petición (art. 26 MCOCDE) para verificar, en cooperación con la autoridad extranjera, los hechos que sustentan el certificado. El recurso a este mecanismo no es facultativo, sino que, en aplicación del principio de proporcionalidad y de la jurisprudencia del TJUE en el asunto *DFA Investment Trust* (C-190/12)[28], debe preceder a cualquier medida

28 STJUE (Sala Primera) de 10 de abril de 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company c. Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy*, asunto C-190/12,

unilateral de la Administración española que prive de efectos al certificado. Como señaló el TJUE en ese asunto, la existencia de un CDI con cláusulas de asistencia mutua «no puede descartarse *a priori*» que el contribuyente pueda proporcionar la documentación que permita a la Administración tributaria del Estado de imposición «comprobar, en cooperación con las autoridades del otro Estado, que desarrolla sus actividades en unas condiciones equivalentes».

La doctrina de la Sala Tercera, en su conjunto, configura así lo que puede denominarse un *principio de no indagación* en materia de residencia convencional: la Administración española —y, por extensión, como se verá en el epígrafe siguiente, la Sala Segunda del Tribunal Supremo— no puede «indagar» unilateralmente si el Estado extranjero debía o no haber emitido el certificado, ni si la persona física o jurídica cumple o no los requisitos del Derecho interno del Estado emisor para ser considerada residente. El control de legalidad del certificado corresponde al ordenamiento jurídico del Estado emisor, y los eventuales conflictos entre los criterios de los dos Estados se resuelven exclusivamente mediante los mecanismos bilaterales previstos en el CDI: las *tie-breaker rules* del art. 4.2 o 4.3 y, en último término, el MAP, contando además con el mecanismo de intercambio de información. El principio de no indagación no equivale a otorgar al certificado valor de prueba legal indestructible —la STS 1236/2024 y la STS 971/2025 demuestran que la presunción puede ceder ante prueba concluyente—, pero sí impone que la desvirtuación del certificado se produzca a través de los cauces convencio-

---

ECLI:EU:C:2014:249. El caso versaba sobre la normativa fiscal polaca que denegaba a los fondos de inversión no residentes la exención del impuesto sobre dividendos reconocida a los fondos residentes en Polonia, estableciendo como criterio de diferenciación el lugar de residencia del fondo. El TJUE declaró que ambas categorías de fondos se encontraban en situaciones objetivamente comparables a efectos de la libre circulación de capitales (art. 63 TFUE) y que la diferencia de trato constituía una restricción injustificada a dicha libertad. Lo que interesa especialmente para el objeto de este trabajo es la dimensión procedimental del pronunciamiento: el Tribunal reconoció que la Administración tributaria del Estado de imposición podía exigir al fondo no residente documentación acreditativa de sus condiciones de constitución y funcionamiento, pero precisó que esta facultad tiene un límite cuando existe entre los Estados un marco convencional de asistencia administrativa mutua que permite el intercambio de información: en tal caso, «no puede descartarse a priori» que el fondo no residente pueda proporcionar los documentos que permitan a dicha Administración «comprobar, en cooperación con las autoridades del otro Estado, que desarrolla sus actividades en unas condiciones equivalentes». Este razonamiento establece una carga probatoria bilateral aplicable, *mutatis mutandis*, a la práctica de la AEAT respecto de los fondos de inversión extranjeros en España: la existencia de un CDI con cláusulas de intercambio de información impone a la Administración española la obligación de utilizar los mecanismos convencionales de cooperación antes de descalificar unilateralmente la residencia extranjera declarada.

nales y no mediante la simple sustitución del juicio soberano del otro Estado por el de la Administración española.

Esta doctrina tiene una implicación directa para el análisis de la STS 274/2026: la Sala Segunda prescindió de ella al resolver el conflicto de residencia en el proceso penal, lo que exige examinar si esa prescindencia es dogmáticamente sostenible desde la perspectiva del sistema de fuentes y del principio de legalidad penal.

4. LA STS 274/2026 (SALA SEGUNDA): ANÁLISIS CRÍTICO

4.1. El supuesto de hecho y los pronunciamientos de la sentencia

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, Sección 1.ª) núm. 274/2026, de 9 de abril[29], resuelve el recurso de casación interpuesto por un empresario de doble nacionalidad española y venezolana condenado en instancia y en apelación por siete delitos contra la Hacienda Pública correspondientes a los ejercicios fiscales 2010–2013. Los hechos probados de la sentencia de instancia describían un esquema de interposición societaria de cierta complejidad: el condenado ostentaba la titularidad real de un importante patrimonio empresarial en Venezuela a través de una estructura de entidades domiciliadas en los Países Bajos, Curaçao y Panamá, con cuentas bancarias en Suiza, mediante la cual canalizaba rentas y dividendos que no declaró ante la AEAT. Para justificar la no sujeción al IRPF español, el acusado aportó certificados de residencia fiscal emitidos por el SENIAT —la autoridad tributaria venezolana— a los efectos del CDI entre España y Venezuela, suscrito en Madrid el 8 de abril de 2003.

La Audiencia Provincial de instancia y el Tribunal Superior de Justicia de apelación desestimaron el valor probatorio de los certificados del SENIAT y concluyeron que el acusado había sido residente fiscal en España durante más de 183 días en cada uno de los ejercicios fiscales enjuiciados, conforme al criterio del art. 9.1.a) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF (LIRPF). El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación y confirmó la condena mediante tres pronunciamientos de alcance doctrinal que conviene separar por su naturaleza y por sus consecuencias distintas.

El primer pronunciamiento es de naturaleza estrictamente probatoria: el certificado del SENIAT goza de una presunción de validez, pero de carácter *iuris tantum* —no *iuris et de iure*— y, como tal, puede ser destruido mediante prueba de cargo suficiente. La Sala consideró que la prueba de cargo practicada en el caso era contundente: los días de permanencia en España superaban los 183 días en cada uno de los cuatro ejercicios enjuiciados, y el propio tribunal sentenciador había concluido que los certificados del SENIAT «no

29 STS (Sala Segunda, Sección 1.ª) núm. 274/2026, de 9 de abril, ECLI:ES:TS:2026:1629.

eran reflejo de la auténtica realidad material» y que «su obtención formaba parte del ardid defraudatorio». Este pronunciamiento, tomado de forma aislada, es difícilmente cuestionable: ningún sistema jurídico puede atribuir a un instrumento formal el valor de prueba irrebatible cuando la prueba directa apunta inequívocamente en dirección contraria. El problema, como se verá, no está en la corrección del resultado al que llega la Sala en este caso concreto, sino en la forma en que razona ese resultado y en las consecuencias doctrinales que extrae de él.

El segundo pronunciamiento concierne a la relación entre el proceso penal y la doctrina de la Sala Tercera: la Sala afirmó que «no se puede traer de manera acrítica a nuestro caso la anterior doctrina de la Sala Tercera», porque «no debemos olvidar la autonomía propia de cada proceso penal en lo que a su propia prueba y objeto concierne, que, por lo tanto, no puede quedar condicionada por otro anterior, y menos aún si es con el enfoque y tratamiento propio de otra jurisdicción». Esta declaración de autonomía jurisdiccional tiene una consecuencia muy relevante: la doctrina del principio de no indagación —que impone a la Administración española la obligación de no prescindir del certificado extranjero válido y de acudir a las reglas de desempate del CDI— queda privada de relevancia en el proceso penal por delito fiscal. La Sala Segunda se reserva la potestad de valorar el certificado extranjero con plena libertad probatoria, sin vinculación alguna a los criterios que la Sala Tercera ha establecido para el ámbito tributario-administrativo. Además, cabe recordar que, en coherencia con la doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera, la Sala Segunda del Tribunal Supremo había declarado la misma lógica interpretativa en su STS (Sala de lo Penal) 791/2025, de 1 de octubre, según la cual «no queda a voluntad de los Estados firmantes el acudir o no a las normas del Convenio, ni queda tampoco a criterio de los órganos administrativos ni judiciales el prescindir de la aplicación del Convenio para resolver la controversia, pues es el instrumento jurídico que ha sido suscrito por los dos Estados y que ha pasado a formar parte del ordenamiento jurídico interno (art. 96 CE), ocupando un lugar preferente en el sistema de fuentes, toda vez que prevalece sobre las normas internas de los Estados firmantes».

El tercer pronunciamiento, que es el de mayor trascendencia dogmática, consiste en la elección del criterio normativo de residencia aplicable a efectos penales: la Sala resolvió —recordemos que se trataba del caso de una persona física— que el criterio determinante para atribuir la condición de residente fiscal en España «a efectos penales» es el del art. 9.1.a) LIRPF —la permanencia de más de 183 días durante el año natural en territorio español—, «con independencia de lo que certifiquen las autoridades fiscales de otro país», y que «dicho criterio determina por sí solo la condición de residente fiscal en España», desplazando el régimen convencional del CDI aplicable. Este pronunciamiento no es meramente probatorio —sobre la su-

ficiencia o insuficiencia de la prueba en el caso concreto—, sino normativo: establece qué norma regula el elemento típico «residencia fiscal» en el art. 305 CP, y la respuesta que da —el art. 9.1.a LIRPF, con preferencia sobre el CDI— tiene consecuencias sistemáticas que se analizan a continuación.

4.2. La autonomía proclamada frente a la Sala Tercera: una ruptura del sistema de fuentes

El argumento de la «autonomía del proceso penal» con el que la STS 274/2026 justifica el rechazo a la doctrina de la Sala Tercera merece un examen específico, porque es el que tiene mayor alcance sistemático y el que genera las consecuencias más perturbadoras para la seguridad jurídica.

La Sala Segunda invoca la autonomía del proceso penal como si fuera un principio de aplicación absoluto: cada causa criminal tiene su propia prueba y su propio objeto, «sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto»[30]. Este argumento es, en principio, correcto: lo que se decide en un procedimiento tributario-administrativo no preconstituye el resultado del proceso penal por los mismos hechos, y la Sala Segunda no está vinculada por las resoluciones del TEAC, de la Audiencia Nacional o de la Sala Tercera sobre la liquidación del impuesto correspondiente.[31] Esta autonomía opera en el plano de los hechos y de la valoración probatoria: el juez penal valora la prueba de forma independiente y puede llegar a una conclusión fáctica distinta de la del órgano administrativo o contencioso-administrativo.

Pero la autonomía del proceso penal no opera en el plano de las normas. La cuestión que la STS 274/2026 plantea —qué norma determina la residen-

---

30 STS (Sala Segunda, Sección 1.ª) núm. 274/2026, de 9 de abril, ECLI:ES:TS:2026:1629, FJ 5.º: «No se puede traer de manera acrítica a nuestro caso la anterior doctrina de la Sala Tercera, porque, cualquiera que fueran los antecedentes que sirvieran de base para la estimación del recurso, no han de interferir y trasladarse automáticamente a la presente causa; y es que no debemos olvidar la autonomía propia de cada proceso penal en lo que a su propia prueba y objeto concierne, que, por lo tanto, no puede quedar condicionada por otro anterior, menos si es con el enfoque y tratamiento propio de otra jurisdicción».

31 La autonomía del proceso penal en el plano de la valoración probatoria ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional y por la propia Sala Segunda en una doctrina consolidada. Véase, entre otras, STS (Sala Segunda) núm. 654/2020, de 2 de diciembre de 2020, rec. cas. 593/2019 (Pte.: Excma. Sra. D.ª Ana María Ferrer García); ECLI:ES:TS:2020:3983, que recuerda que «cada causa criminal tiene un propio objeto y su propia prueba y conforme a su propio contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto». Esta doctrina es correcta en su ámbito natural: la valoración de la prueba de los hechos. Pero no puede extenderse a la determinación de la norma aplicable al elemento normativo del tipo.

cia fiscal de la persona jurídica a efectos del art. 305 CP— no es una cuestión probatoria sino normativa: no se trata de «qué hechos se han probado» sino de «qué norma define el elemento típico». Y esa cuestión normativa tiene una respuesta única que no depende de la jurisdicción en la que se plantee: la norma aplicable es la misma —el art. 8 LIS y el CDI cuando existe— con independencia de que el litigio se siga ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ante la jurisdicción penal o ante cualquier otro órgano.

En el plano del sistema de fuentes, el CDI España-Venezuela —como cualquier otro tratado internacional ratificado y publicado en el BOE— forma parte del ordenamiento jurídico español ex art. 96 CE y, en cuanto norma convencional, prevalece sobre las normas de Derecho interno. Esta prevalencia no es disponible por la jurisdicción penal, ni por ninguna otra. Si el CDI España-Venezuela establece cómo debe resolverse el conflicto de doble residencia, la Sala Segunda no puede resolver ese conflicto aplicando el art. 9.1.a) LIRPF sin infringir el art. 96 CE. Además, el CDI establece en su artículo 26 la facultad de intercambiar información «necesaria para aplicar lo dispuesto en este Convenio o en el derecho interno de los Estados Contratantes con respecto a los impuestos comprendidos en este Convenio», «especialmente a fin de prevenir el fraude y la evasión fiscal», recurso que, por lo que se deduce de la sentencia no se produjo en el proceso de valoración probatoria. La «autonomía del proceso penal» no incluye la potestad de prescindir del Derecho convencional cuando este regula específicamente la materia que constituye el elemento normativo del tipo.

Como hemos visto *supra,* la prevalencia del CDI sobre el Derecho interno no es un principio tributario sino constitucional: deriva del art. 96 CE, que es aplicable a todos los poderes del Estado y a todos los órdenes jurisdiccionales. Ningún juez—ni penal, ni civil, ni contencioso-administrativo— puede resolver un conflicto normativo entre un tratado internacional vigente y una norma interna en favor de la norma interna, porque hacerlo viola directamente la Constitución.[32] El argumento que podría tratar de trasladarse erróneamente desde la STS 274/2026 —que la jurisdicción penal puede prescindir del CDI porque el proceso penal tiene su propio objeto— confunde la autonomía probatoria del proceso penal (que es real) con una autonomía normativa que no existe en ningún sistema jurídico democrático basado en el Estado de Derecho.

---

32 El carácter normativo —y no meramente probatorio— de la determinación de la residencia fiscal resulta de la propia naturaleza de los elementos normativos del tipo. La doctrina penal distingue entre elementos descriptivos —cuya concurrencia se determina mediante la prueba de hechos— y elementos normativos —cuya apreciación exige acudir a criterios jurídicos contenidos en normas extrapenales—. La residencia fiscal pertenece a esta segunda categoría, pues su concurrencia no puede determinarse sin aplicar las normas tributarias y convencionales que definen la condición de residente.

5. EL DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA COMO NORMA PENAL EN BLANCO Y LA INCIDENCIA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS DE «RESIDENCIA FISCAL» Y «SEDE DE DIRECCIÓN EFECTIVA»

5.1. Introducción: delito contra la Hacienda pública como norma penal en blanco

La indeterminación de los conceptos tributarios examinados adquiere una relevancia cualitativamente distinta cuando la controversia se traslada al proceso penal. En ese ámbito ya no basta con resolver administrativamente la residencia fiscal, sino que es preciso determinar si los hechos pueden subsumirse en el art. 305 CP, precepto configurado como norma penal en blanco. El presente apartado expone la estructura de esa remisión normativa y las garantías que la condicionan para, en el siguiente apartado analizar específicamente las consecuencias de la indeterminación de la residencia fiscal y de la sede de dirección efectiva.

La técnica legislativa de la norma penal en blanco es una modalidad de construcción del tipo que responde a exigencias objetivas de determinadas materias. Como explica Mir Puig, los preceptos penales principales de la Parte Especial suelen determinar completamente los elementos específicos de la conducta delictiva, pero excepcionalmente «no expresan completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que remiten a otro u otros preceptos o autoridades para que completen la determinación de aquellos elementos»[33]; y ello con independencia del rango de la norma de remisión, pues el autor, con fundamento en el tratamiento del error y la retroactividad de la ley más favorable, propone incluir en este concepto «todo precepto definidor de un delito que deje la determinación de alguna parte específica del supuesto de hecho a cargo de otras leyes, reglamentos o actos de Administración». El art. 305 CP resulta ser el ejemplo paradigmático de este modelo: el precepto penal fija la pena, la condición objetiva de punibilidad (cuota superior a ciento veinte mil euros) y el elemento subjetivo (defraudación dolosa), pero la determinación de quién es «obligado tributario» y de cuál es la «deuda tributaria» cuyo pago se omite —esto es, los elementos específicos del supuesto de hecho— solo puede completarse acudiendo a la norma tributaria de reenvío, que en el caso de la residencia fiscal de la persona jurídica es, en Derecho interno, el art. 8 LIS, y, en el plano convencional, el precepto correspondiente del CDI aplicable.

El recurso a esta técnica responde, como señalan Muñoz Conde y García Arán, a que la conducta así tipificada está «estrechamente relacionada con

33 Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 7.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2006, pp. 66 y 68.

otras ramas del Ordenamiento jurídico de finalidades y alcance diferentes a los de la norma penal»: en sectores de regulación variable —sanidad, medio ambiente, orden económico, tributación— incorporar directamente la conducta prohibida en el precepto penal obligaría a reformarlo cada vez que mutase la norma extrapenal de referencia. Sin embargo, los propios autores advierten que «la norma penal en blanco supone muchas veces una infracción del principio de legalidad y del de la división de poderes estatales que le sirve de base, al permitir que el carácter delictivo de una conducta pueda ser determinado por una autoridad que, constitucionalmente, no está legitimada para ello». Esta tensión estructural ha sido encauzada por el Tribunal Constitucional mediante los requisitos que la *lex certa* del art. 25.1 CE impone a las leyes penales en blanco: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido, que la ley penal contenga el núcleo esencial de la prohibición y que se dé la suficiente concreción para que la conducta quede «suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite» (STC 127/1990, de 5 de julio, FJ 3). Son precisamente estos tres requisitos los que hacen del art. 305 CP el más exigente banco de prueba de sus límites constitucionales, toda vez que el elemento normativo del tipo que aquí se examina —la residencia fiscal de la persona jurídica— depende de una norma de reenvío que, como se ha expuesto, carece de la determinación que esa doctrina requiere. La técnica de la norma penal en blanco obliga, por tanto, a integrar de manera coherente las categorías tributarias y penales. Como sostiene Ayala Gómez, «la correcta interpretación de los tipos penales obliga a la conjugación de las categorías dogmáticas tributarias y las penales llamadas a ensamblarse de manera pacífica y armoniosa» y añade que «si la relación jurídico-tributaria constituye el presupuesto de la tipicidad del delito de defraudación tributaria, la singularidad de cada concreta relación debe desempeñar un papel relevante en la configuración del tipo de injusto»[34]. En efecto, la relación jurídico-tributaria que integra el art. 305 CP no puede concebirse en abstracto, sino atendiendo a sus concretos elementos subjetivos, objetivos, temporales y normativos. Y, en los conflictos de residencia societaria, esa individualización exige determinar previamente si, conforme al CDI aplicable, la concreta entidad estaba efectivamente sujeta al poder tributario español. La existencia de un certificado extranjero válido y de una eventual doble residencia afectan a la propia existencia de la relación jurídico-tributaria cuya defraudación pretende sancionarse. Mientras ese presupuesto no quede establecido conforme al

34 Ignacio AYALA GÓMEZ, "Los «delitos contra la Hacienda Pública» relativos a los ingresos tributarios: el llamado «delito fiscal» del artículo 305 del Código Penal", en Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (dir.), *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 96–166.

sistema convencional, no puede afirmarse de manera suficientemente cierta la integración del tipo penal en blanco.

La técnica de la norma penal en blanco en el ámbito del delito fiscal tampoco es inocua desde la perspectiva de los principios político-criminales. Como ha puesto de relieve la doctrina, el delito fiscal constituye uno de los ejemplos más evidentes del proceso de «administrativización» del Derecho penal descrito por Silva Sánchez: la traslación al ámbito punitivo de una lógica de gestión sectorial propia del Derecho administrativo sancionador. La doctrina ha precisado, desde la dogmática de las leyes penales en blanco, que el mandato de determinación «no desaparece» con la remisión, sino que «se desplaza hacia la norma de complemento», de modo que las garantías del Derecho penal son aplicables a las disposiciones extrapenales de complemento «en todos sus extremos».

El Tribunal Constitucional ha profundizado en este aspecto en la STC 57/2010, de 4 de octubre[35], al precisar que «dado que el delito contra la Hacienda pública constituye una norma penal en blanco, cuyo supuesto de hecho se configura a partir de los elementos esenciales precisados en la norma penal y su complemento determinado en la normativa tributaria, el control de la garantía de legalidad penal se dirige también a éstos», y que el juez penal «no tiene la capacidad de elegir en un momento dado lo que es más conveniente para la defensa del bien jurídico protegido [...] debiendo limitarse su intervención a constatar (cognoscitivamente, que no electivamente) la concurrencia o no de la situación prevista por la norma remitida». De ello se deriva una consecuencia metodológica fundamental: la determinación de la residencia fiscal de la persona jurídica —elemento del precepto primario al que reenvía el art. 305 CP— se rige por las normas tributarias y los convenios de doble imposición que la definen, y solo una vez establecido ese presupuesto tributario, la prueba de su concurrencia en el proceso penal queda plenamente sometida a los estándares probatorios propios del Derecho penal, sin que el órgano jurisdiccional pueda sustituir la determinación que la norma tributaria no ofrece por su propia valoración discrecional de la residencia.

5.2. Incidencia de los conceptos jurídicos indeterminados de «residencia fiscal» y «sede de dirección efectiva»

El carácter de norma penal en blanco y de delito *mala prohibita* que corresponde al art. 305 CP se proyecta de la siguiente forma: si el Derecho tributario no ofrece un criterio determinado sobre la residencia fiscal de la persona jurídica, la norma de reenvío queda huérfana de un referente nor-

35 STC 57/2010, de 4 de octubre (Sala Segunda, rec. amparo núm. 2542–2007), FJ 4, con cita de la STC 87/2001, de 2 de abril, FJ 8.

mativo suficientemente preciso, con la consecuencia que cabe denominar tipicidad flotante.[36]

De ahí deriva el núcleo del problema analizado: si el propio Derecho tributario no ofrece un criterio determinado sobre la residencia fiscal de la persona jurídica —como se ha demostrado en el epígrafe II, tanto en el plano del Derecho internacional como en el del Derecho español, y de forma agravada en el ámbito de las sociedades holding—, la norma penal en blanco queda huérfana de un referente normativo suficientemente preciso. El resultado es lo que cabe denominar *tipicidad flotante*: el mismo hecho —una persona jurídica con certificado de residencia extranjero válido y estructura multinacional— puede ser o no constitutivo de delito según se resuelva el conflicto de residencia la jurisdicción contencioso-administrativa, o en la jurisdicción penal, que, tras la STS 274/2026, podrían llegar a soluciones contradictorias sobre un mismo supuesto de hecho. La sede de dirección efectiva, en particular, opera como un concepto jurídico indeterminado de segundo grado que sustenta el concepto jurídico indeterminado de residencia fiscal: su indeterminación no queda resuelta por el art. 8.1 LIS ni por el art. 4.3 MCOCDE, sino que se traslada íntegramente, sin mediación alguna, al elemento normativo del tipo penal. Cuando la norma de reenvío tributaria admite razonablemente más de una solución sobre la residencia de la persona jurídica, el juicio penal sobre la concurrencia del elemento típico deja de basarse en un hecho verificable y pasa a depender de la valoración jurídica —variable y discutible— de conceptos que la propia doctrina tributaria nacional y convencional reconoce como estructuralmente abiertos.

Esta caracterización del art. 305 CP como norma penal en blanco cuenta con un sólido respaldo jurisprudencial que arranca de resoluciones hoy plenamente consolidadas. La STS (Sala Segunda) de 12 de febrero de 2009 formuló con precisión las consecuencias técnicas de esa calificación: «la aplicación del tipo penal en blanco exige que el Tribunal complete el tipo con el deber fiscal previsto en la ley fiscal, pondere las circunstancias que permiten subsumir las operaciones bajo el concepto de hecho imponible de la misma, y establezca las demás condiciones, objetivas y subjetivas del tipo, así como la condición objetiva de punibilidad»[37].

El Tribunal Constitucional, por su parte, confirmó esta caracterización en su ya citada STC 57/2010, de 4 de octubre, al recordar que el delito de defraudación a la Hacienda Pública «se configura como un tipo penal en blanco [...] esto es, como una norma penal incompleta en la que "la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra agotadoramente prevista en ella, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta"». Esta

36 Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal. Parte general*, 1.ª ed., Aranzadi, Madrid, 2025, pp. 334 y ss.

37 STS (Sala Segunda) núm. 160/2009, de 12 de febrero, ECLI:ES:TS:2009:1087.

sentencia añadió la exigencia constitucional decisiva: «dado que el delito contra la Hacienda pública constituye una norma penal en blanco, cuyo supuesto de hecho se configura a partir de los elementos esenciales precisados en la norma penal y su complemento determinado en la normativa tributaria, el control de la garantía de legalidad penal se dirige también a éstos». La consecuencia de esta doctrina es que el control del art. 25.1 CE no se agota en el texto del art. 305 CP, sino que se extiende a la norma tributaria de reenvío: si ésta no ofrece un criterio suficientemente determinado, la garantía de taxatividad resulta afectada también en su dimensión extrapenal.

La misma jurisprudencia ha delimitado los contornos del problema probatorio que la naturaleza de norma en blanco genera. El órgano penal no puede trasladar mecánicamente al proceso las presunciones que en ocasiones contiene la legislación tributaria, como subraya la STS de 27 de septiembre de 2016: «las presunciones que en ocasiones contiene la legislación tributaria no resultan trasladables directamente al ámbito penal, en el que no puede prescindirse de la presunción de inocencia y de sus efectos, teniendo en cuenta que el acusado no está obligado a demostrar su inocencia siendo suficiente para la absolución con la constatación de la existencia de una duda razonable». Ello no obsta, sin embargo, a que la cuantificación de la cuota defraudada pueda acreditarse mediante prueba indiciaria, cuya admisibilidad en el proceso penal está plenamente consolidada desde la STC 174/1985, a condición de que los hechos base estén plenamente probados y el razonamiento inferencial sea exteriorizado y fundado en reglas de la experiencia.

Proyectadas sobre el objeto de este trabajo, estas tres líneas jurisprudenciales —la doctrina sobre la integración del tipo penal en blanco (STS 2009, 2010), la extensión del control constitucional a la norma de reenvío (STC 57/2010) y la inadmisibilidad de trasladar automáticamente las presunciones tributarias al proceso penal (STS 2016)— alcanzamos la siguiente conclusión: cuando la norma tributaria de reenvío no proporciona un criterio suficientemente preciso sobre la residencia fiscal de la persona jurídica, la integración del tipo penal en blanco no puede suplirse mediante presunciones administrativas, ni puede recaer sobre el acusado la carga de demostrar su residencia extranjera más allá de lo que acredita un certificado expedido por autoridad fiscal competente. El tribunal penal, al completar el tipo mediante la norma tributaria de reenvío, está vinculado por el contenido de esa norma, incluidas sus incertidumbres y sus límites interpretativos, y no puede resolver la indeterminación que ella misma no resuelve presumiendo en contra del reo.

5.3. ¿Cuándo el conflicto de residencia es economía de opción y cuándo es evasión?

Con carácter previo recordaremos las tres categorías dogmáticas que la doctrina tributaria mantiene cuidadosamente diferenciadas, pese a la fre-

cuente confusión terminológica que las rodea cuando se trasladan al ámbito penal[38].

La evasión fiscal —la única de las tres categorías que puede fundamentar una condena por el art. 305 CP— se identifica con el concepto de fraude o defraudación tributaria: el hecho imponible se ha realizado efectivamente, pero su existencia o su verdadera dimensión económica se oculta a la Administración mediante un acto positivo de engaño. Frente a la evasión, la reacción del ordenamiento es la imposición de una sanción administrativa o, en su caso, penal.

La elusión fiscal, en cambio, consiste en «impedir el nacimiento de la pretensión tributaria evitando el supuesto de hecho legal». El contribuyente actúa sobre la realidad antes de que esta se exteriorice, revistiéndola de una forma alternativa para obtener un ahorro fiscal, con plena observancia —al menos formal— de las normas tributarias. La elusión no es evasión. El hecho imponible no se ha realizado, y no se oculta nada a la Administración.

Entre ambas se sitúa la economía de opción, entendida como la elección lícita, entre dos o más alternativas jurídicas válidas y de contenido económico equivalente, de aquella que resulte fiscalmente más favorable, sin que ello suponga abuso de las formas ni contradicción con la finalidad de la norma. Nadie está obligado a tributar por la fórmula más gravosa entre las alternativas lícitas disponibles, y el motivo puramente fiscal de la elección resulta jurídicamente irrelevante. El límite entre la economía de opción y la elusión reside en la artificiosidad: se entra en el terreno de la elusión cuando se eligen formas o negocios jurídicos insólitos, no correspondientes a los hechos o relaciones económicas que efectivamente se pretenden alcanzar. Esta misma lógica se proyecta al plano internacional: la elusión fiscal internacional consiste en el aprovechamiento de las diferencias de tributación entre Estados, del que el abuso de un Convenio de Doble Imposición constituye la expresión más característica.

Aplicada al objeto de este trabajo, la distinción produce el siguiente resultado: cuando una persona jurídica dispone de un certificado de residencia fiscal extranjero válido y real —expedido tras la actividad comprobadora de la autoridad competente conforme a su propio Derecho interno, y sustentado en una estructura societaria con sustancia económica efectiva—, la elección del Estado de residencia, aun cuando responda predominantemente a

38 Sobre la delimitación entre simulación penalmente relevante y economía de opción lícita, véase Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "La simulación en el delito fiscal —negocios causalizados, pretensiones de ilícito «tendencial» y otras arritmias—", en Mercedes PÉREZ MANZANO, Miguel Ángel IGLESIAS RÍO, Ana Cristina ANDRÉS DOMÍNGUEZ, María MARTÍN LORENZO y Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE (coords.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo,* Universidad Complutense, Madrid, 2020, pp. 761–774.

razones de ahorro fiscal, se sitúa en el terreno de la economía de opción lícita: el contribuyente no infringe la norma tributaria, sino que se acoge a una de las alternativas que el propio ordenamiento —interno y convencional— pone a su disposición. Cuando la estructura societaria carece de sustancia económica real y constituye un *wholly artificial arrangement* en la terminología acuñada por el TJUE, la conducta abandona el terreno de la economía de opción y se adentra en el del fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma tributaria —art. 15 LGT—, con las consecuencias recalificadoras que ello conlleva en el ámbito tributario, pero sin que esa artificiosidad, por sí sola, alcance el umbral de la evasión penalmente relevante: como declaró el Tribunal Constitucional en la STC 120/2005, de 10 de mayo (FJ 4), «la utilización de la figura del fraude de ley para encajar directamente en un tipo penal un comportamiento que no reúne *per se* los requisitos típicos indispensables para ello constituye analogía *in malam partem* prohibida por el art. 25.1 CE». La calificación como evasión fiscal penalmente relevante exige un elemento adicional: que el certificado invocado sea falso, o que haya sido obtenido mediante el suministro de información inexacta a la autoridad fiscal emisora, de manera que exista un acto positivo de ocultación dirigido a impedir que la Administración española conozca que el hecho imponible se ha realizado efectivamente en su territorio. Fuera de ese supuesto, la controversia sobre la residencia fiscal —incluso cuando la estructura societaria sea artificialmente optimizada— pertenece al ámbito del Derecho tributario sancionador o del conflicto en la aplicación de la norma, no al del Derecho penal.

6. DIMENSIÓN PROCESAL: PREJUDICIALIDAD, CARGA DE LA PRUEBA Y ESTÁNDAR PROBATORIO DEL CERTIFICADO DE RESIDENCIA

6.1. La residencia fiscal como elemento normativo del tipo: la cuestión prejudicial en el proceso penal por delito fiscal

El análisis de los epígrafes anteriores ha puesto de manifiesto que la residencia fiscal de la persona jurídica integra la tipicidad del art. 305 CP pues se trata de una calificación jurídica que resulta de la aplicación de normas extrapenales —el art. 8 LIS y, cuando existe CDI, el régimen convencional aplicable— a hechos que en sí mismos son valorativamente neutros (el lugar donde está el domicilio social, el lugar desde donde se dirigen las operaciones, el Estado que ha emitido el certificado de residencia). Esta circunstancia tiene consecuencias procesales que la STS 274/2026 no examina pero que un análisis doctrinal no puede soslayar.

El Derecho procesal penal español regula la situación en que, para resolver el objeto del proceso penal, el tribunal necesita determinar previamente una cuestión jurídica perteneciente a otro orden jurisdiccional. El sistema parte de una regla general de no devolutividad: el juez penal puede resolver

incidentalmente las cuestiones extrapenales necesarias para decidir sobre la responsabilidad penal, sin que esa decisión produzca efectos de cosa juzgada fuera del proceso penal (art. 10.1 LOPJ). La excepción se produce cuando la cuestión prejudicial es verdaderamente determinante de la culpabilidad o inocencia y no puede resolverse incidentalmente sin invadir la competencia propia del orden jurisdiccional llamado a decidirla con carácter principal, supuesto en el que los arts. 3 a 7 LECrim. permiten la suspensión del proceso penal y la remisión de la cuestión al órgano competente. Atendiendo a lo anterior, la residencia fiscal controvertida no debe calificarse automáticamente como prejudicialidad devolutiva, pero sí puede adquirir esa naturaleza cuando la determinación normativa de la residencia conforme al CDI sea condición indispensable para afirmar la existencia misma del delito, cuando sea «determinante de la culpabilidad o de la inocencia».

La aplicación de este esquema al conflicto de residencia fiscal en el proceso por delito fiscal permite realizar la siguiente formulación: no cabe afirmar sin más que la jurisdicción penal pueda sustituir unilateralmente los cauces convencionales de resolución del conflicto; pero tampoco cabe convertir automáticamente todo conflicto de residencia en una prejudicialidad devolutiva obligatoria. La clave está en distinguir entre la valoración penal de los hechos acreditados —que corresponde al juez penal— y la determinación normativa del presupuesto tributario conforme al CDI —que no puede ser reconstruida al margen del sistema convencional aplicable.

Esta conclusión implica que cuando la defensa aporta un certificado de residencia extranjero válido —emitido por la autoridad competente del Estado emisor a los efectos del CDI aplicable— y ese certificado genera un conflicto de doble residencia que, conforme a la doctrina de la Sala Tercera, debe resolverse mediante las reglas de desempate del Convenio o, en su caso, mediante el MAP, la jurisdicción penal no debería resolver ese conflicto aplicando exclusivamente criterios de Derecho interno. En ese escenario, la suspensión del proceso penal hasta la activación o culminación de los mecanismos convencionales puede ser defendible cuando la determinación de la residencia sea verdaderamente decisiva para la tipicidad; alternativamente, si el tribunal penal decide resolver incidentalmente la cuestión, deberá hacerlo aplicando el CDI como norma prevalente del sistema de fuentes, y no como un elemento probatorio disponible.

Como hemos analizado supra, en aquellos casos en que existiendo un certificado de residencial fiscal de un tercer Estado, la AEAT albergara dudas sobre su validez, cuenta con mecanismos convencionales, y de cooperación a fin de aclarar esta cuestión jurídica antes de decidir derivar el asunto al ámbito penal y "encomendar" a dicho orden jurisdiccional una cuestión de naturaleza extra penal.

Por lo tanto, cabría valorar las consecuencias jurídicas de la práctica de la AEAT cuando ignora la existencia de un certificado de residencia fiscal extranjero y, sin acudir previamente a los medios convencionales disponibles para despejar eventuales dudas sobre su validez, deriva al caso a la jurisdicción penal por una pretendida residencia fiscal fraudulenta. Con ello, la Administración estaría aplicando una norma interna —el art. 9.1.a) LIRPF— y soslayando la aplicación preferente de un tratado internacional vigente —el CDI aplicable—, lo que resulta contrario al art. 96 CE y al art. 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Una actuación que es contraria al principio de proporcionalidad y que en caso de que se constatara una voluntad elusiva del agente podría calificarse como un fraude de ley, en la medida en que se utiliza una norma de cobertura —la norma interna— con la finalidad de impedir la aplicación de la norma realmente llamada a regir el supuesto: el CDI. Esta solución es, además, ineficiente, pues impide a los tribunales especializados en una materia especialmente compleja dirimir la cuestión, derivando su resolución a otros tribunales(los penales) que generalmente precisarán de la asistencia de terceros expertos (peritos) para resolver la controversia jurídica.

6.2. La carga de la prueba en el proceso penal tributario y el valor probatorio del certificado de residencia

En aquellos casos en que, pese a no contar con un certificado de residencia fiscal de un tercer Estado, los servicios jurídicos de la AEAT hubieran remitido a la jurisdicción penal la resolución del asunto sin acudir a los medios convencionales, y pese a lo argumentado *supra,* el tribunal penal hubiera terminado aceptado la competencia, deberá analizarse el valor probatorio de dicho certificado de residencia fiscal.

Como es sabido, el art. 24.2 CE consagra el derecho a la presunción de inocencia como garantía procesal que se traduce en que el acusado no tiene que probar su inocencia sino que es la acusación la que debe demostrar su culpabilidad «más allá de toda duda razonable». En el contexto del certificado de residencia extranjero en el delito fiscal, la presunción de inocencia impone que si el certificado tiene valor probatorio reconocido —aunque sea de presunción *iuris tantum*—, la carga de destruir esa presunción corresponde enteramente a la acusación. El acusado que aporta un certificado válido —emitido por la autoridad competente, a los efectos del CDI, que acredita su residencia en el Estado emisor en el sentido del Convenio— ha satisfecho su carga de presentar un elemento de descargo que, en sí mismo, exige una respuesta probatoria de la acusación. No basta, a estos efectos, con que la acusación aporte indicios de vinculación con España —elementos sobre su sede de dirección efectiva, activos relevantes, domicilio de administrares, etc.—, porque todos esos indicios son, precisamente, los hechos que las *tie-breaker rules* de los CDI están diseñadas

para sopesar en el marco de un procedimiento de resolución de conflictos de doble residencia. La presentación de esos indicios por la acusación no destruye el certificado: activa el procedimiento de doble residencia que el CDI prevé.

La jurisprudencia constitucional sobre la prueba de indicios en el proceso penal ha establecido requisitos rigurosos para que los indicios puedan desvirtuar la presunción de inocencia: (i) los indicios deben estar plenamente acreditados; (ii) deben ser plurales o, excepcionalmente, de singular potencia acreditativa; (iii) debe existir una relación directa entre los indicios y el hecho que se infiere; y (iv) la inferencia debe ser racional, coherente y no excesivamente abierta. La Sala Segunda ha aplicado sistemáticamente estos requisitos en los delitos contra la Hacienda Pública. En la STS 381/2022, de 24 de abril, la Sala precisó que la prueba de la residencia puede basarse en indicios, siempre que el conjunto indiciario sea suficientemente robusto como para excluir más allá de la duda razonable la hipótesis alternativa —en este caso, la residencia extranjera certificada—.

El problema específico que la STS 274/2026 plantea —si bien en un supuesto de residencia fiscal de una persona física—, y que ninguna sentencia anterior de la Sala Segunda había abordado de forma directa, es el de la interacción entre la prueba de cargo basada en el criterio de los 183 días y la prueba de descargo consistente en el certificado extranjero válido. La Sala resuelve esa interacción de la siguiente forma: si la prueba de cargo acredita más de 183 días de permanencia en España, el certificado extranjero queda desvirtuado, porque «si se entiende acreditada una residencia en España durante más de 183 días, es evidente que el acusado no había podido estar en Venezuela durante más de 183 días en esos mismos periodos». Este razonamiento proyecta sobre el proceso penal una lógica de suma cero que el régimen convencional no admite: que una persona haya estado en España más de 183 días no excluye, por sí solo, que sea residente fiscal en Venezuela «en el sentido del Convenio», porque el criterio de residencia del CDI España-Venezuela no es el de los 183 días sino el del art. 4.1 del Convenio (remisión al Derecho interno venezolano).

La consecuencia procesal que se deriva de esta crítica es, en los supuestos de persona física, que la aportación del certificado por la defensa activa una obligación procedimental para la acusación: la de demostrar no solo que existen vínculos con España sino que el certificado es falso, que fue obtenido fraudulentamente, o que la residencia declarada en él vulnera la propia definición de residencia del CDI. Esa consecuencia es aplicable también —y con mayor intensidad— a los supuestos de residencia fiscal de persona jurídica, pues mientras que en el caso de la persona física el criterio de los 183 días ofrece al tribunal al menos un umbral empíricamente verificable —con todas las críticas que merece desde la perspectiva convencional—, en el caso de la persona jurídica ese umbral no existe. La «sede de dirección efectiva» del

art. 8.1 LIS constituye una calificación jurídica que resulta de ponderar circunstancias diversas —lugar de celebración del consejo de administración, residencia de los administradores, localización de las funciones de dirección ejecutiva— que en los grupos multinacionales modernos se reparten entre varias jurisdicciones. Si la acusación no puede destruir el certificado de la persona física con simples indicios de vinculación con España, con menor razón puede hacerlo en el caso de la persona jurídica aportando indicios de que alguno de esos factores de dirección se localiza en territorio español, cuando la propia norma de reenvío —el art. 8.1 LIS— no establece qué peso relativo merece cada uno de ellos.

También en relación con la carga de la prueba trataremos muy superficialmente un factor procesal que merece atención específica: el peso desproporcionado que los tribunales penales atribuyen al informe pericial de la Agencia Tributaria en detrimento de los informes periciales de la defensa. En la mayoría de los procesos por delito fiscal, la prueba de cargo central es el informe elaborado por los peritos de la AEAT, al que los tribunales tienden a reconocer mayor «objetividad» por su condición de funcionarios del Estado. Esta tendencia, cuestionada por la jurisprudencia más reciente de la propia Sala Segunda, es especialmente problemática en el ámbito de la residencia fiscal: el perito de la AEAT parte necesariamente de una posición institucional sesgada —la de la Administración que ha instruido el expediente de comprobación y ha remitido el tanto de culpa— y su informe puede estar condicionado por las conclusiones del procedimiento administrativo previo, que en ocasiones aplicó criterios distintos de los que resultan del CDI. La garantía del principio de contradicción (art. 24.2 CE) exige que el informe pericial de la defensa —aportado por expertos en Derecho tributario internacional con conocimiento del ordenamiento jurídico del Estado emisor del certificado— sea valorado con el mismo rigor metodológico que el informe de los peritos estatales, y que la decisión sobre la residencia no se reduzca a una ratificación judicial del criterio administrativo previo[39].

---

39 La garantía de contradicción en la prueba pericial tributaria deriva del art. 24.2 CE y se ve reforzada por la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a un proceso equitativo reconocido en el art. 6 CEDH. En la STEDH de 6 de mayo de 1985, *Bönisch c. Austria*, el Tribunal declaró que la intervención en el proceso de un experto vinculado institucionalmente a la autoridad pública puede comprometer la igualdad de armas si la defensa no dispone de una posibilidad efectiva de cuestionar su informe y de someter la prueba técnica a contradicción en condiciones equilibradas. Proyectado sobre los procesos por delito fiscal, este estándar impide atribuir a los informes de los peritos de la AEAT una credibilidad prevalente por la sola condición funcionarial de sus autores: su fuerza probatoria debe depender de la metodología empleada, la fundamentación del dictamen, la especialización técnica de sus autores y su contraste efectivo con los informes aportados por la defensa.

6.3. Propuesta de estándar probatorio para el certificado de residencia extranjero en el proceso penal

Las consideraciones precedentes permiten formular una propuesta de estándar probatorio para el certificado de residencia extranjero en el proceso penal por delito fiscal, de conformidad con el sistema de fuentes constitucional y convencional. Esta propuesta se articula en cuatro reglas cuya aplicación diferenciada depende de si existe o no un CDI en vigor entre España y el Estado emisor del certificado.

Primera regla: presunción de validez reforzada cuando existe CDI. Cuando el certificado ha sido emitido por la autoridad competente del Estado emisor a los efectos del CDI aplicable, y cumple los requisitos formales exigidos por la normativa española (Orden EHA/3316/2010), el tribunal penal debe reconocerle un valor probatorio equivalente al que la Sala Tercera le atribuye en el ámbito administrativo: la presunción de validez opera con eficacia plena desde la presentación del certificado, y la carga de destruirla corresponde íntegramente a la acusación. Esta regla no transforma el certificado en prueba legal indestructible —que es la conclusión que la STS 274/2026 rechaza, con razón—, sino que impone a la acusación la obligación de presentar una contraprueba que sea cualitativa y cuantitativamente suficiente para superar el umbral de la duda razonable.

Segunda regla: el estándar de la contraprueba es la demostración de falsedad o de violación del CDI. La acusación no destruye la presunción de validez del certificado con la mera prueba de que existen vínculos entre el acusado o la entidad y el territorio español. Para superar la presunción, la acusación debe acreditar alguna de las siguientes circunstancias: (a) que el certificado es falso; o (b) que el certificado fue obtenido mediante la aportación de información falsa a las autoridades del Estado emisor, para lo cual cuenta con los mecanismos de cooperación entre Administraciones analizados en este trabajo.

Tercera regla: en ausencia de CDI, la presunción es *iuris tantum* ordinaria. Cuando no existe CDI entre España y el Estado emisor del certificado, la presunción de validez del certificado es la ordinaria de la prueba *iuris tantum*: la acusación puede destruirla mediante cualquier prueba de cargo suficiente para acreditar la residencia en España más allá de la duda razonable, sin las limitaciones que el régimen convencional impone cuando existe CDI en vigor. En este supuesto, el criterio del art. 8 LIS —y, si el acusado es persona física, el art. 9 LIRPF— opera con plena eficacia como estándar normativo de referencia, y la valoración de la prueba por el tribunal penal es libre, con el único límite de la presunción de inocencia y el estándar de la duda razonable.

Cuarta regla: el dolo defraudatorio no puede presumirse de la discrepancia de residencias. El art. 305 CP exige, además de la concurrencia

del elemento típico de la residencia en España, el dolo de «defraudar para eludir» el pago del tributo. En el supuesto de la persona jurídica con residencia controvertida, el dolo no puede inferirse de la mera existencia de un conflicto de residencia entre dos jurisdicciones: ese conflicto es, por definición, un supuesto que el ordenamiento convencional prevé y para el que establece mecanismos específicos de resolución. La inferencia de dolo requiere que la acusación acredite que el responsable conocía que la residencia declarada era jurídicamente infundada o que fue creada artificialmente con el exclusivo propósito de eludir la tributación en España. La existencia de un certificado válido obtenido de buena fe de la autoridad competente del Estado extranjero es un elemento de cargo de primera magnitud contra la inferencia de dolo: si la autoridad fiscal soberana del Estado de domicilio ha certificado la residencia, el administrador de la entidad que confía en ese certificado actúa razonablemente y no puede ser considerado autor de un acto doloso de defraudación. La solicitud por parte del contribuyente o de la entidad de un MAP ante las autoridades competentes de los dos Estados para resolver el conflicto de residencia —antes o durante el proceso penal— y el hecho de que el Estado requerido admita dar curso a ese procedimiento, debe ser considerada por el tribunal penal como un elemento relevante a efectos de la valoración del dolo. Quien activa los mecanismos convencionales previstos para la resolución del conflicto no manifiesta una voluntad de defraudar sino de someter la cuestión al procedimiento bilateral establecido por el propio Derecho internacional tributario. La resolución del MAP en favor de la residencia española puede ser considerada por el tribunal penal como elemento de cargo a partir de ese momento; la resolución en favor de la residencia extranjera, o la pendencia del MAP sin resolución, debe ser tratada como elemento que genera duda razonable sobre el elemento típico y, en consecuencia, que beneficia al acusado conforme al principio *in dubio pro reo*.

7. CONCLUSIONES

El análisis precedente permite concluir que la residencia fiscal de la persona jurídica no puede operar en el proceso penal como un presupuesto típico de determinación puramente fáctica, susceptible de ser reconstruido unilateralmente por la Administración tributaria o por el órgano penal mediante una simple ponderación de indicios de conexión territorial con España. Se trata, por el contrario, de un concepto jurídico de naturaleza tributaria y convencional, estructuralmente indeterminado, cuya concreción exige atender al sistema de fuentes aplicable —CDI, mecanismos de cooperación internacional y Derecho interno— y cuya traslación al art. 305 CP debe someterse a las garantías reforzadas propias de la norma penal en blanco.

Primera. La residencia fiscal de la persona jurídica constituye un concepto jurídico indeterminado tanto en el Derecho tributario internacional como en el Derecho español. Ni el art. 8 LIS ni el art. 4 del Modelo de Convenio

de la OCDE ofrecen una definición cerrada y autosuficiente de la residencia societaria. En particular, la «sede de dirección efectiva» remite a una valoración compleja de circunstancias imprecisas —órganos de administración, dirección ejecutiva, centros de decisión, sustancia económica, localización de activos y funciones— que, en las estructuras multinacionales contemporáneas, pueden aparecer legítimamente repartidas entre varias jurisdicciones. Esta indeterminación no desaparece cuando la controversia se traslada al proceso penal: se incorpora al tipo penal en blanco y condiciona la posibilidad misma de afirmar la tipicidad.

Segunda. Cuando existe un CDI en vigor, el certificado de residencia fiscal extranjero emitido por la autoridad competente del otro Estado a los efectos del Convenio no puede ser tratado como un documento privado más ni como una mera declaración unilateral del contribuyente. Su función es precisamente acreditar, en el marco convencional bilateral, que la persona o entidad es residente en el sentido del tratado. Por ello, la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre el principio de no indagación debe proyectarse también sobre el presupuesto normativo del delito fiscal: España no puede sustituir unilateralmente el juicio soberano de la Administración extranjera sobre su propio Derecho interno ni resolver el conflicto de residencia prescindiendo de las reglas convencionales aplicables.

Tercera. La crítica a la STS 274/2026 (Sala 2.ª) no reside necesariamente en el resultado alcanzado en el caso concreto —referido, además, a una persona física—, sino en la fundamentación normativa utilizada para alcanzarlo. La autonomía del proceso penal justifica la libre valoración de la prueba y la independencia del juez penal respecto de lo resuelto en otros procedimientos, pero no autoriza a desconocer el sistema de fuentes ni a desplazar un tratado internacional vigente mediante la aplicación preferente de una norma interna. Si el elemento típico «residencia fiscal» está regulado por un CDI, la norma penal en blanco remite también a ese régimen convencional, que prevalece sobre el Derecho interno conforme al art. 96 CE. Una fundamentación que prescinde del sistema convencional para construir el elemento típico no puede ser trasladada sin matizaciones a supuestos de persona jurídica.

Cuarta. La consecuencia dogmática de prescindir del régimen convencional en sede penal es la aparición de una tipicidad flotante: el mismo supuesto de hecho —una persona jurídica formalmente residente en el extranjero, provista de certificado válido y sometida a un eventual conflicto de doble residencia— puede ser considerado no sujeto a tributación en sede tributaria y típico en sede penal, según el órgano que valore la controversia. Esa fragmentación resulta difícilmente compatible con el principio de legalidad penal en su vertiente de lex certa, particularmente en un delito mala prohibita como el delito fiscal, en el que el ciudadano depende de la norma tributaria y

convencional para conocer ex ante si su conducta integra o no el presupuesto de la infracción penal.

Quinta. La existencia de un certificado de residencia fiscal extranjero válido impone a la acusación una carga probatoria cualificada. No basta con acreditar indicios de vinculación con España —por intensos que sean— si esos indicios son precisamente los que el Convenio prevé ponderar mediante sus reglas de desempate o mediante el procedimiento amistoso. Para destruir el valor del certificado en el proceso penal será preciso acreditar, más allá de toda duda razonable, que el certificado es falso, que fue obtenido mediante información falsa o incompleta, o que la residencia declarada vulnera las propias reglas del CDI. De lo contrario, el certificado genera una duda razonable sobre la concurrencia del elemento típico de residencia fiscal española, que debe conducir al archivo o a la absolución.

Sexta. La AEAT dispone de instrumentos de cooperación suficientes, tanto a nivel convencional como comunitario, para contrastar las dudas que pueda albergar sobre la residencia fiscal declarada por una entidad extranjera. El intercambio de información previsto en los CDI, la cooperación administrativa en el ámbito de la Unión Europea y, en su caso, el MAP son cauces específicamente diseñados para resolver conflictos de residencia entre Estados. La omisión de esos mecanismos antes de derivar la controversia al proceso penal no puede ser neutra: debe valorarse en contra de la suficiencia de la prueba de cargo, en aplicación del principio de facilidad probatoria, y refuerza la duda razonable cuando la acusación pretende sustituir la verificación internacional por una reconstrucción unilateral de la residencia.

Séptima. Desde la perspectiva del elemento subjetivo, la mera discrepancia entre Administraciones tributarias sobre la residencia fiscal de una persona jurídica no permite inferir el dolo defraudatorio exigido por el art. 305 CP. El conflicto de residencia es una situación prevista por el Derecho internacional tributario y dotada de mecanismos propios de solución y no constituye por sí mismo una maniobra de ocultación. La frontera entre economía de opción, elusión y evasión penalmente relevante no debe situarse en la mera artificiosidad de la estructura societaria —que pertenece al ámbito del conflicto en la aplicación de la norma tributaria del art. 15 LGT y tiene consecuencias exclusivamente tributarias, sin que quepa utilizar la figura del fraude de ley para construir directamente tipicidad penal—, sino en la existencia de falsedad del certificado o de aportación consciente de información falsa a la autoridad extranjera emisora, elementos que sí integran el acto positivo de ocultación exigido por el art. 305 CP. Fuera de esos supuestos, la controversia podrá tener consecuencias tributarias, pero no debe convertirse automáticamente en delito fiscal.

Octava. En los casos de persona jurídica, las anteriores cautelas deben operar con mayor intensidad que en los supuestos de persona física. Mientras que el criterio de permanencia de los 183 días proporciona, al menos,

un dato empírico susceptible de comprobación, la sede de dirección efectiva exige valoraciones jurídicas abiertas y discutibles. Por ello, la atribución de residencia fiscal española a una sociedad extranjera con certificado válido no puede descansar en una lectura expansiva del art. 8 LIS ni en la selección de algunos factores de conexión con España, sino en una prueba concluyente de que la residencia extranjera certificada carece de realidad jurídica.

En definitiva, si bien el certificado de residencia fiscal extranjero no convierte en irrevisable la posición del contribuyente ni impide la persecución penal de verdaderas estructuras defraudatorias, sin embargo sí obliga a situar el debate en sus justos términos: la acusación penal no puede fundarse en la simple discrepancia administrativa sobre la residencia ni en la aplicación aislada de criterios internos desplazados por un CDI. Solo cuando se demuestre, con prueba suficiente y respetando el sistema convencional aplicable, que el certificado es falso, fue obtenido fraudulentamente o encubre una simulación relevante, podrá afirmarse la concurrencia del elemento típico y del dolo defraudatorio exigidos por el art. 305 CP. Hasta entonces, la residencia fiscal controvertida de la persona jurídica permanece en el ámbito propio del Derecho tributario y convencional, no en el del Derecho penal.

8. BIBLIOGRAFÍA

Ignacio AYALA GÓMEZ, "Los «delitos contra la Hacienda Pública» relativos a los ingresos tributarios: el llamado «delito fiscal» del artículo 305 del Código Penal", en Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (dir.), *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 96–166.

Andrés BÁEZ MORENO y Juan José ZORNOZA PÉREZ, "Spain", en Edoardo TRAVERSA (ed.), *Corporate Tax Residence and Mobility*, EATLP International Tax Series, vol. 16, IBFD, Ámsterdam, 2018, pp. 543–572.

María del Carmen CÁMARA BARROSO, "Luces y sombras de la residencia fiscal extendida", en Isaac MERINO JARA (dir.) y Antonio VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA (coord.), *Problemas actuales sobre la residencia fiscal: perspectivas interna, comunitaria e internacional*, Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, núm. 7/2018, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2018.

Enrique DE MIGUEL CANUTO, "Consideraciones sobre el lugar de residencia en la imposición de los fondos de inversión internacionales", en Manuel LUCAS DURÁN (dir.) y Andrés GARCÍA MARTÍNEZ (coord.), *Residencia fiscal: problemática y cuestiones actuales*, Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, núm. 6/2019, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2019, pp. 130–150.

Ramón FALCÓN Y TELLA, "Otras medidas para la prevención del fraude contenidas en la Ley 36/2006, de 29 de noviembre (y II)", *Quincena Fiscal*, núms. 3–4, 2007, pp. 9–10.

Ramón FALCÓN Y TELLA y Elvira PULIDO GUERRA, *Derecho fiscal internacional*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 16–27.

Marta GONZÁLEZ APARICIO, "La determinación de la residencia de las entidades en el marco de la normativa convencional internacional", en Manuel LUCAS DURÁN (dir.) y Andrés GARCÍA MARTÍNEZ (coord.), *Residencia fiscal: problemática y cuestiones actuales*, Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, núm. 6/2019, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2019, pp. 114–129.

Roland ISMER, "History and Emergence of the Corporate Residence Concept in Europe: A Comparative Approach", en Edoardo TRAVERSA (ed.), *Corporate Tax Residence and Mobility*, EATLP International Tax Series, vol. 16, IBFD, Ámsterdam, 2018, pp. 27–52.

Manuel LUCAS DURÁN, "Residencia y territorialidad: BEPS y la necesidad de revisar los principios tradicionales de la fiscalidad internacional", en Isaac MERINO JARA (dir.) y Antonio VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA (coord.), *Problemas actuales sobre la residencia fiscal: perspectivas interna, comunitaria e internacional*, Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, núm. 7/2018, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2018, pp. 14–38.

Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 7.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 7.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2006.

Antonio MONTERO DOMÍNGUEZ, "La residencia fiscal. Acreditación de la residencia a través de los certificados fiscales", *Cuadernos de Formación*, colab. 11/07, Instituto de Estudios Fiscales, 2007.

Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

OCDE, *2024 Mutual Agreement Procedure (MAP) Statistics*, OECD Publishing, París, 2025.

OCDE, *The 2025 Update to the OECD Model Tax Convention*, OECD Publishing, París, 2025.

Fernando PÉREZ ROYO, "El Impuesto sobre Sociedades", en Fernando PÉREZ ROYO (dir.), *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, pp. 316–317.

Enrique SÁNCHEZ DE CASTRO MARTÍN-LUENGO, "Traslados artificiales de la residencia fiscal de las personas jurídicas a nivel internacional: la deslocalización de la sede de dirección efectiva. Cuestiones generales y soluciones potenciales", en Isaac MERINO JARA (dir.) y Antonio VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA (coord.), *Problemas actuales sobre la residencia fiscal: perspectivas interna, comunitaria e internacional*, Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, núm. 7/2018, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2018, pp. 229–259.

Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "La simulación en el delito fiscal —negocios causalizados, pretensiones de ilícito «tendencial» y otras arritmias—", en Mercedes PÉREZ MANZANO, Miguel Ángel IGLESIAS RÍO, Ana Cristina ANDRÉS DOMÍNGUEZ, María MARTÍN LORENZO y Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE (coords.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo,* Universidad Complutense, Madrid, 2020, pp. 761–774.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal. Parte general*, 1.ª ed., Aranzadi, Madrid, 2025.

Marta SOLSONA SALES, "La residencia fiscal de las personas jurídicas", *Cuadernos de Formación*, vol. 29, colab. 14/23, Instituto de Estudios Fiscales, 2023, pp. 239–246.

Laura SOTO BERNABÉU, "Conflictos de doble residencia, deslocalización de la residencia habitual y apátridas fiscales", en Isaac MERINO JARA (dir.) y Antonio VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA (coord.), *Problemas actuales sobre la residencia fiscal: perspectivas interna, comunitaria e internacional*, Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, núm. 7/2018, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2018, pp. 325–356.

Edoardo TRAVERSA, "Corporate Tax Residence at the Crossroads between International Competition and Convergence: Outlining the Debate", en Edoardo TRAVERSA (ed.), *Corporate Tax Residence and Mobility*, EATLP International Tax Series, vol. 16, IBFD, Ámsterdam, 2018, pp. 5–8.

Boletín del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (4ª Época)

Nº 3 / Septiembre, 2026
pp. 257–305

Ignacio de Luis Otero
Doctor en Derecho. Abogado. Profesor asociado de Derecho Procesal de la UCM

SECRETO PROFESIONAL Y *NEMO TENETUR* FRENTE A LAS POTESTADES DE REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN: HACIA UNA TEORÍA DE LA AUTOINCRIMINACIÓN VICARIA DE LA PERSONA JURÍDICA

RESUMEN:

La expansión de las potestades públicas de obtención de información constituye uno de los fenómenos más significativos del Derecho contemporáneo. En paralelo, la evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el desarrollo de los sistemas de *compliance,* la proliferación de investigaciones internas y la creciente densidad —que no cantidad— de la jurisprudencia nacional y europea han transformado profundamente la configuración constitucional del derecho de defensa.

Pese a la madurez alcanzada por la doctrina y la jurisprudencia en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, subsisten relevantes cuestiones abiertas en la delimitación de las relaciones entre el deber de colaboración con los poderes públicos, el secreto profesional de la Abogacía y la prohibición de autoincriminación, ámbitos en los que la construcción constitucional permanece aún en evolución.

El presente trabajo analiza la interacción entre las potestades administrativas, supervisoras y parlamentarias de requerimiento de información y las garantías constitucionales que amparan a las personas jurídicas sometidas a procedimientos de naturaleza sancionadora. Particular atención se presta a los requerimientos dirigidos a abogados, despachos profesionales y asesores jurídicos internos para la entrega de informes jurídicos, investigaciones internas, documentos de *compliance, due diligence* y demás materiales elaborados en el marco de la defensa jurídica de una organización.

La tesis central que sostenemos es que el secreto profesional de la Abogacía y el principio *nemo tenetur se ipsum accusare* no constituyen garantías autónomas y desconectadas, sino elementos complementarios de un mismo sistema constitucional de protección del derecho de defensa. Desde esta perspectiva, el secreto profesional protege el espacio de confianza necesario para la relación abogado-cliente, mientras que la prohibición de autoincriminación impide la obtención coactiva, directa o indirecta, de información potencialmente incriminatoria. En consecuencia, los poderes públicos no pueden eludir las limitaciones derivadas del principio *nemo tenetur* mediante requerimientos formulados a quienes participan en la defensa jurídica de la persona física o jurídica.

Proponemos una reconstrucción sistemática de ambas garantías a la luz de la LO 5/2024, reguladora del Derecho de Defensa, de la reciente evolución jurisprudencial española y europea y de los desafíos planteados por las investigaciones internas y los programas de cumplimiento normativo. El secreto profesional opera, en determinados ámbitos, como

una garantía ancilar de la prohibición de autoincriminación, por lo que la documentación jurídicamente vinculada al ejercicio de la defensa debe beneficiarse de una protección reforzada frente a requerimientos administrativos, parlamentarios o penales de carácter prospectivo o exploratorio. Finalmente, se concluye que la responsabilidad penal de las personas jurídicas obliga a reinterpretar todas las potestades públicas de obtención de información desde una perspectiva constitucional integrada, capaz de preservar el equilibrio entre las legítimas exigencias de investigación pública y la efectividad del derecho de defensa en el Estado constitucional de Derecho.

Palabras clave:

Responsabilidad penal de la persona jurídica; derecho de defensa; secreto profesional; *nemo tenetur se ipsum accusare;* no autoincriminación; investigaciones internas; *compliance;* requerimientos de información; *due diligence*; confidencialidad abogado-cliente; Ley Orgánica 5/2024; comisiones parlamentarias de investigación; potestades administrativas de inspección; garantías constitucionales; *legal privilege*.

ABSTRACT:

The expansion of public information-gathering powers has become one of the defining features of contemporary public law. At the same time, the consolidation of corporate criminal liability, the development of compliance systems, the increasing use of internal investigations and the growing body of national and European case law have profoundly reshaped the constitutional framework of defence rights. Nevertheless, despite extensive doctrinal debate and significant jurisprudential development, the constitutional and procedural architecture of corporate criminal liability still contains important areas of uncertainty, particularly where public investigative powers intersect with legal professional privilege and the privilege against self-incrimination.

This article examines the relationship between administrative, supervisory and parliamentary information-gathering powers and the constitutional guarantees afforded to legal entities involved in sanctioning or criminal proceedings. Special attention is devoted to information requests addressed to lawyers, law firms and in-house counsel seeking legal opinions, compliance materials, internal investigation reports, due diligence documents and other materials produced in connection with the legal defence of an organization.

The article argues that legal professional privilege and the principle *nemo tenetur se ipsum accusare* should not be understood as separate and unrelated guarantees. Rather, both principles form part of an integrated constitutional framework designed to safeguard the right of defence. Legal professional privilege protects the confidential sphere necessary for effective lawyer-client communications, while the privilege against self-incrimination prevents public authorities from obtaining incriminating information through direct or indirect forms of compulsion. Accordingly, public authorities should not be permitted to circumvent constitutional limits on self-incrimination by directing information requests to lawyers or other actors participating in the defence of a legal entity.

Drawing on the Spanish Organic Law 5/2024 on the Right of Defence, recent Spanish and European case law, and the challenges posed by compliance programs and internal investigations, the article proposes a systematic reinterpretation of both guarantees. It contends that legal professional privilege may operate, in certain contexts, as an ancillary safeguard of the privilege against self-incrimination and that documents functionally linked to the exercise of defence rights should enjoy enhanced protection against administrative, parliamentary or criminal requests of a prospective or exploratory nature. The article concludes that corporate criminal liability requires a constitutional reassessment of public information-gathering powers based on an integrated system of guarantees capable of

reconciling legitimate investigative objectives with the effective protection of defence rights within a constitutional democracy.

Keywords:

Corporate criminal liability; right of defence; legal professional privilege; privilege against self-incrimination; nemo tenetur; internal investigations; compliance; information requests; due diligence; lawyer-client confidentiality; constitutional guarantees; administrative investigations; parliamentary inquiries; legal privilege; constitutional law.

Abreviaturas

LODD	Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa
EGAE	RD 135/2021, de 2 de marzo
CGAE	Consejo General de la Abogacía
LGT	Ley General Tributaria
LECrim	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
TEAC	Tribunal Económico Administrativo Central

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN: UN MAPA DE INTERFERENCIAS. II. EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO COMO LÍMITE A LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN. III. EL ABOGADO INTERNO (IN-HOUSE COUNSEL) Y EL SECRETO PROFESIONAL. IV. LA AUTOINCRIMINACIÓN VICARIA. V. LA CIRCULAR 1/2026 DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA Y LA TRANSFORMACIÓN DEL PARADIGMA DEL DERECHO DE DEFENSA TRAS LA LODD. VI. LAS COMISIONES PARLAMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN COMO ESPACIO DE TENSIÓN ENTRE EL SECRETO PROFESIONAL Y EL DEBER DE COLABORACIÓN. VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: UN MAPA DE INTERFERENCIAS.

A pesar de la riqueza de las aportaciones doctrinales y de la creciente densidad de la jurisprudencia recaída en la materia, la cartografía constitucional y procesal de la responsabilidad penal de la persona jurídica sigue presentando zonas de incertidumbre que revelan una construcción aún inacabada. Como en la conocida parábola borgiana sobre los cartógrafos del Imperio, la progresiva perfección de los mapas no ha eliminado los espacios de frontera; antes bien, ha hecho visibles nuevos territorios cuya delimitación dogmática permanece abierta.

La expansión de las potestades públicas de obtención de información constituye uno de los fenómenos más relevantes del Derecho contemporáneo. Administraciones públicas, autoridades supervisoras y órganos parlamentarios disponen hoy de facultades cada vez más amplias para recabar datos y documentos en ámbitos tan diversos como la fiscalidad, la competencia, la supervisión financiera, la prevención del blanqueo de capitales o la

investigación de hechos de relevancia pública. Se trata de una suerte de outsourcing a la inversa, en la medida en que la información obtenida procede ad intra. A este escenario se han sumado la proliferación de las políticas de *compliance* —en ocasiones dominadas por la apariencia y por una estética sobredimensionada del *soft law*— y la creciente envergadura de los procesos de *due diligence*, con la consiguiente revelación de eventuales contingencias. Sin embargo, esta evolución coincide con la progresiva consolidación de tres garantías fundamentales cuya interacción plantea problemas jurídicos de extraordinaria complejidad: el secreto profesional de la Abogacía, el derecho de defensa y el principio de no autoincriminación.

Pretendemos abordar uno de los problemas más complejos y todavía insuficientemente resueltos de la teoría contemporánea del derecho de defensa de las personas jurídicas: la articulación de los requerimientos administrativos y parlamentarios de información con el secreto profesional de la abogacía y con el principio de no autoincriminación. La cuestión adquiere una relevancia singular cuando un abogado, ya sea externo o integrado en la estructura corporativa de la empresa, recibe una solicitud oficial de aportación de documentos, informes, comunicaciones o datos relativos a su cliente persona jurídica. En tales supuestos confluyen, de forma inevitable, tres esferas normativas potencialmente tensionadas: el deber de colaboración con los poderes públicos, la protección de las comunicaciones y documentos amparados por el secreto profesional y la garantía de que ninguna persona jurídica pueda ser obligada a contribuir activamente a su propia incriminación. Trataremos de determinar cuáles son los límites constitucionales de los poderes de requerimiento, cuándo resulta legítima la invocación del secreto profesional y en qué medida este opera como una garantía funcional destinada a evitar vulneraciones directas o indirectas del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, ofreciendo criterios para resolver los conflictos que surgen cuando la autoridad pública exige información que ha sido generada, recibida o custodiada por la defensa jurídica de la empresa.

La tensión se ha intensificado especialmente como consecuencia de la transformación de la persona jurídica en sujeto pleno de derechos de defensa dentro del proceso sancionador y penal. La consolidación de la responsabilidad penal corporativa, el desarrollo de los programas de *compliance* y de las investigaciones internas, la reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre la denominada «existencia independiente de la voluntad»[1] y la creciente pro-

1 La doctrina a la que se hace referencia sobre la «existencia independiente de la voluntad» y su colisión con la confidencialidad en el marco corporativo proviene de una línea jurisprudencial consolidada de forma muy destacada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección Segunda) en sus Sentencias 1578/2025 (de 4 de diciembre) y 1605/2025 (de 10 de diciembre). Se asientan así las bases procesales aplicadas al ámbito penal de las personas jurí-

tección europea de la confidencialidad abogado-cliente han convertido los requerimientos de información en un espacio de fricción constitucional particularmente sensible. En este contexto, la obtención coactiva de informes jurídicos, documentos de *compliance*, investigaciones internas, *due diligence* y su documentación derivada o, en general, comunicaciones protegidas, plantea la necesidad de redefinir los límites constitucionales de las facultades de investigación de los poderes públicos.

La cuestión central ya no consiste únicamente en determinar si cierta documentación está formalmente protegida por el secreto profesional, sino en analizar si la utilización de requerimientos dirigidos a quienes participan en la defensa puede convertirse en una vía indirecta u oblicua para obtener información autoincriminatoria que no podría exigirse legítimamente al propio interesado.

La aprobación de la Ley Orgánica 5/2024, reguladora del Derecho de Defensa, la Ley 2/2023, de protección del informante (con su inquietante artículo 9, que establece un traslado al Ministerio Fiscal de la *notitia criminis* hallada), junto con la reciente evolución de la jurisprudencia europea y española, obliga a replantear la tradicional configuración del secreto profesional. Este deja de presentarse como un mero deber de reserva del abogado o como un privilegio corporativo para configurarse como una garantía estructural indispensable para la efectividad del derecho de defensa, estrechamente vinculada a la confianza necesaria para la relación abogado-cliente y a la protección frente a formas directas o indirectas de autoincriminación.

Sobre estas premisas, ha de sostenerse que los conflictos derivados de los requerimientos de información formulados por Administraciones públicas, autoridades supervisoras y comisiones parlamentarias no pueden resolverse exclusivamente desde la óptica de las potestades de investigación ni únicamente desde la perspectiva del secreto profesional[2]. La respuesta exige una interpretación sistemática que integre el secreto profesional de la Abogacía con el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, entendidos como garantías complementarias de un mismo sistema de protección constitucional. Desde esta perspectiva, el secreto profesional protege el canal confidencial de la defensa, mientras que la prohibición de autoincriminación protege a su titular frente a cualquier intento de obtención coactiva, directa o indirecta, de información potencialmente incriminatoria.

---

dicas y al derecho a la no autoincriminación, delimitándose qué documentación puede exigir coactivamente el Estado y cuál queda protegida.

2 En una licencia metodológica deliberadamente ajena a la ortodoxia académica, estas páginas desvelan desde su comienzo algunas de las conclusiones a las que pretenden conducir, para que el lector no solo conozca anticipadamente el punto de llegada, sino que pueda examinar con espíritu crítico la fortaleza, las fisuras y la capacidad de convicción del camino argumental que conduce hasta él.

La tesis que desde ahora avanzamos se asienta en que la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la constitucionalización contemporánea del derecho de defensa obligan a reinterpretar todas las potestades públicas de obtención de información a la luz de este sistema integrado de garantías. En consecuencia, los documentos elaborados por abogados en el marco de investigaciones internas, programas de cumplimiento normativo, informes jurídicos, análisis de riesgos o procesos de *due diligence* constituyen, en la medida en que se encuentren funcionalmente vinculados a la defensa jurídica de la organización, un ámbito de protección reforzada que opera como límite material frente a requerimientos administrativos, parlamentarios e incluso penales de carácter prospectivo o exploratorio. Solo desde esta reconstrucción sistemática resulta posible preservar el equilibrio entre las legítimas facultades de investigación de los poderes públicos y las exigencias inherentes al Estado constitucional de Derecho.

La posición que aquí se propone parte de una idea fundamental: **el secreto profesional de la Abogacía y el principio *nemo tenetur se ipsum accusare* no son garantías independientes que operan en compartimentos estancos, sino principios constitucionales con zonas naturales de interferencia y protección recíproca**. Ambos encuentran su fundamento último en el derecho de defensa y ambos persiguen evitar que el poder público pueda obtener, mediante mecanismos coactivos o indirectos, información que comprometa la posición jurídica de quien tiene derecho a defenderse.

Tradicionalmente se ha tendido a analizar el secreto profesional y la no autoincriminación por separado. El primero se ha concebido como una garantía de confidencialidad de la relación abogado-cliente; el segundo, como una prohibición de que una persona sea obligada a declarar contra sí misma o a colaborar activamente en su propia incriminación. Sin embargo, la evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el desarrollo de las investigaciones internas, de los programas de *compliance* y de los sistemas de información corporativa han puesto de manifiesto que ambas garantías se encuentran funcionalmente conectadas.

En efecto, **el secreto profesional protege el espacio comunicativo dentro del cual puede ejercerse libremente el derecho de defensa**, mientras que la no autoincriminación protege al titular de esa defensa frente a la imposición de cargas colaborativas que puedan contribuir a su propia incriminación. Desde esta perspectiva, el secreto profesional cumple una función instrumental respecto del principio *nemo tenetur*: garantiza la existencia de un ámbito de confianza en el que el cliente puede revelar hechos, riesgos, irregularidades o contingencias jurídicas a sus abogados precisamente porque sabe que dicha información no podrá ser posteriormente utilizada en su contra mediante requerimientos dirigidos al profesional.

La consecuencia es especialmente relevante en el ámbito de las personas jurídicas. Si el principio de no autoincriminación impide exigir directamente

a una empresa que genere o facilite determinados materiales con capacidad incriminatoria, **tampoco debería admitirse que esa misma información pudiera ser obtenida indirectamente mediante requerimientos formulados a los abogados, despachos profesionales o equipos jurídicos que actúan en el marco de la defensa de la organización**. Lo contrario equivaldría a vaciar de contenido efectivo la garantía constitucional, permitiendo que aquello que no puede obtenerse del defendido se consiga a través de quien le asiste.

Desde esta óptica, el secreto profesional no opera únicamente como una obligación de reserva del abogado. Su función constitucional consiste también en impedir la instrumentalización del profesional como fuente indirecta de prueba contra su cliente. Cuando la Administración, una autoridad supervisora o una comisión parlamentaria requieren al abogado para que entregue informes jurídicos, investigaciones internas, análisis de riesgos, documentos de *compliance* o comunicaciones mantenidas con el cliente, la cuestión no puede agotarse en determinar si existe una obligación de confidencialidad profesional y su alcance de disponibilidad. Debe examinarse además si la entrega de esos materiales produciría un resultado materialmente equivalente a una autoincriminación indirecta de la persona jurídica.

Puede afirmarse, por tanto, que **el secreto profesional constituye en numerosos supuestos una proyección externa o ancilar del principio de no autoincriminación**. No porque ambos derechos se identifiquen plenamente, sino porque comparten una finalidad común: impedir que el poder público acceda a información vinculada al ejercicio de la defensa mediante mecanismos incompatibles con las garantías constitucionales. Allí donde el secreto profesional protege comunicaciones, documentos o análisis jurídicos elaborados para determinar la posición defensiva de una organización, la vulneración del primero puede traducirse simultáneamente en una lesión indirecta del segundo.

Esta idea resulta particularmente evidente respecto de las investigaciones internas y de los programas de *compliance*. La eficacia de estos instrumentos depende de que la organización pueda analizar internamente hechos potencialmente irregulares, identificar riesgos y obtener asesoramiento jurídico especializado. Si los resultados de tales investigaciones pudieran ser requeridos sistemáticamente por las autoridades administrativas o parlamentarias, los incentivos para realizar investigaciones profundas y colaborativas desaparecerían. El efecto práctico sería paradójico: cuanto más diligente fuese la empresa en el cumplimiento normativo y en la detección de irregularidades, mayor sería su exposición a la obtención forzosa de información potencialmente incriminatoria.

Por ello, la protección constitucional no debe construirse exclusivamente desde la lógica subjetiva de quién custodia el documento, sino desde una perspectiva funcional. Lo determinante no es si la documentación se en-

cuentra físicamente en poder del abogado o del cliente, sino si su contenido constituye una manifestación del ejercicio del derecho de defensa y si su obtención puede producir una transferencia coactiva de información incriminatoria hacia los poderes públicos.

Esta consideración exige abordar, siquiera sucintamente —por mor de las limitaciones de espacio— algunos de estos enfoques. Veámoslo.

II. EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO COMO LÍMITE A LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN

2.1. Fundamento y naturaleza del secreto profesional

Sabido es que el secreto profesional del abogado constituye un pilar fundamental del derecho de defensa y del Estado de Derecho. Su fundamento no reside en un privilegio corporativo de la profesión[3], sino en la necesidad de garantizar al ciudadano la posibilidad de comunicarse libre y confidencialmente con su abogado, sin temor a que las informaciones reveladas en el marco de la relación profesional puedan ser utilizadas en su contra. En este sentido, el secreto profesional opera como una garantía institucional del derecho de defensa consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española.

En el ordenamiento jurídico español, el secreto profesional del abogado encuentra reconocimiento en múltiples normas. El artículo 24.2 de la Constitución, al garantizar el derecho de defensa, fundamenta indirectamente

3 Conviene advertir que la expresión «*privilegio abogado-cliente*» o «*privilegio legal profesional*», como traducción más o menos literal del anglosajón *legal professional privilege*, resulta conceptualmente equívoca y semánticamente poco afortunada. En el ámbito jurídico continental, y singularmente en el derecho español, el secreto profesional no constituye un privilegio entendido como una situación excepcional de favor, una prerrogativa personal o una exención graciable frente al cumplimiento de obligaciones generales. Muy al contrario, se configura simultáneamente como un deber jurídico del abogado y como una garantía institucional vinculada al derecho de defensa del cliente. La noción de «privilegio» transmite la idea de una ventaja subjetiva de la que disfruta quien la invoca; el secreto profesional, en cambio, opera como una exigencia estructural del Estado de Derecho destinada a preservar la confianza necesaria para el ejercicio efectivo de la defensa jurídica. Por ello, resulta más correcto hablar de confidencialidad protegida, secreto profesional o garantía de inviolabilidad de las comunicaciones entre abogado y cliente que de un supuesto «privilegio», término que responde a categorías propias de la tradición *common law* difícilmente trasplantables, sin matices, al lenguaje jurídico y constitucional español. Desde esta perspectiva, cuando el abogado se enfrenta a un requerimiento administrativo o parlamentario, no ejerce un privilegio particular frente a los poderes públicos, sino que cumple un deber de protección de una garantía que pertenece primariamente al cliente y que encuentra su fundamento último en el derecho de defensa y, en determinados supuestos, en la prohibición de autoincriminación.

la protección del secreto profesional como instrumento necesario para el ejercicio efectivo de aquel derecho. De manera más directa, el artículo 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos. El Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, desarrolla ampliamente el deber y derecho de secreto profesional en sus artículos 21 a 25. En la LODD, el secreto profesional está regulado expresamente en el artículo 16, bajo la rúbrica «Garantía de confidencialidad de las comunicaciones y secreto profesional». Está ubicado, equívocamente, dentro del Capítulo III, Sección 1.ª («De las garantías de la abogacía»), ya que la propia ley parece abogar por una titularidad del derecho en el tejado del cliente[4], aunque en buena técnica jurídica lo correcto sería afirmar más bien que el cliente es el titular del interés o derecho material protegido por el secreto profesional, mientras que el abogado es el sujeto obligado a preservarlo y titular de las facultades instrumentales necesarias para su garantía.

Desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia reconoció tempranamente la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente en su sentencia de 18 de mayo de 1982, *AM & S Europe Limited c. Comisión* (asunto 155/79), estableciendo que

4 La configuración del secreto profesional en la LODD permite sostener que su fundamento último no reside tanto en la protección de un interés propio del profesional de la abogacía cuanto en la garantía del derecho de defensa de la persona asistida. En efecto, aunque el artículo 16 articula el secreto profesional mediante deberes y facultades que recaen directamente sobre el abogado —entre ellos, la dispensa de declarar prevista en su apartado 5.b—, dicha regulación debe ponerse en relación con la configuración general del derecho de defensa efectuada por la propia Ley. Así, el artículo 4 reconoce a las personas el derecho a recibir una asistencia jurídica adecuada para el ejercicio de su derecho de defensa, mientras que el artículo 15.3 vincula expresamente la información obtenida en el marco del encargo profesional con el ejercicio del derecho de defensa encomendado por el cliente. Desde esta perspectiva, el abogado aparece como sujeto obligado a preservar la confidencialidad, pero el secreto profesional opera fundamentalmente como una garantía de la relación de confianza necesaria para la efectividad del derecho de defensa del cliente.

Esta concepción encuentra asimismo apoyo en el artículo 22, que, al regular las garantías de protección de los titulares de derechos en su condición de clientes de servicios jurídicos, sitúa expresamente al cliente en el centro de la protección dispensada por el ordenamiento frente a aquellas actuaciones profesionales que puedan perjudicar o perturbar su derecho de defensa. De este modo, cabe distinguir entre la titularidad de la posición jurídica material que el secreto pretende proteger —vinculada al derecho de defensa del cliente— y la posición jurídica del abogado como sujeto sobre el que recae el deber de secreto y al que se reconocen las facultades necesarias para garantizarlo.

esta protección responde a una exigencia del derecho de defensa y constituye un principio general del Derecho comunitario. El Tribunal de Estrasburgo, por su parte, ha reconocido que el secreto profesional del abogado está protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como parte del derecho al respeto de la vida privada y la correspondencia.

La jurisprudencia reciente del TJUE ha configurado el secreto profesional como una garantía sustantiva y amplia de la confidencialidad de la relación abogado-cliente, vinculada al art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y no limitada a su dimensión procesal (arts. 7 y 47 de la Carta; asuntos C-694/20, C-623/22 y C-432/23).[5]

2.2. Ámbito material de la protección: comunicaciones y dictámenes.

El secreto profesional del abogado protege, en primer término, las comunicaciones entre abogado[6] y cliente realizadas en el marco de la relación profesional y con finalidad de asesoramiento jurídico o defensa. Esta protección abarca tanto las comunicaciones orales como las escritas, incluyendo correos electrónicos, informes, memorandos y cualquier otro soporte documental.

Los dictámenes e informes jurídicos elaborados por abogados para sus clientes constituyen un supuesto de particular relevancia práctica. Estos documentos, que reflejan el análisis jurídico realizado por el letrado sobre cuestiones planteadas por el cliente, contienen frecuentemente información sobre hechos revelados por el cliente al abogado, así como valoraciones jurídicas sobre la licitud o ilicitud de determinadas conductas. Su protección por el secreto profesional resulta esencial para garantizar que el cliente pueda obtener asesoramiento jurídico completo y sincero, sin temor a que las opiniones desfavorables expresadas por su letrado puedan ser esgrimidas en su contra por las autoridades.

Para que un documento quede amparado por el secreto profesional deben concurrir dos requisitos fundamentales: en primer lugar, que se trate de

---

5 Sobre la configuración del secreto profesional de la abogacía en el Derecho de la Unión, aunque no existe una codificación general de la materia, la jurisprudencia del TJUE lo ha vinculado a las garantías reconocidas en los arts. 7 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proyectándolo más allá de su dimensión estrictamente procesal como garantía sustantiva de la confidencialidad inherente al asesoramiento jurídico. En particular, las resoluciones dictadas en los asuntos C-694/20, C-623/22 y C-432/23, en especial en el ámbito de la cooperación administrativa tributaria, han reforzado esta protección frente a obligaciones directas o indirectas de revelación y han sometido sus eventuales restricciones a un estricto juicio de proporcionalidad, consolidando así un elevado estándar mínimo europeo de tutela del secreto profesional.

6 Las referencias a los términos «abogado» y «abogado de empresa» se realizan con carácter neutro y han de entenderse comprensivas, indistintamente, de mujeres y hombres que ejercen la profesión.

una comunicación realizada en el marco de una relación profesional entre abogado y cliente; en segundo lugar, que la comunicación tenga por objeto el asesoramiento jurídico o la defensa del cliente. De este modo, quedan excluidas de la protección las comunicaciones que no tienen naturaleza jurídica, así como aquellas que, aun realizadas entre abogado y cliente, no se enmarcan en la relación profesional.

Un aspecto particularmente debatido es el de los denominados documentos mixtos, que contienen tanto elementos protegidos por el secreto profesional como información de naturaleza puramente fáctica o comercial. En estos supuestos, ha de aplicarse un criterio de predominancia, protegiendo el documento en su integridad cuando el componente jurídico resulta predominante y la separación de los elementos protegidos y no protegidos resulta materialmente imposible sin comprometer la confidencialidad del asesoramiento jurídico.

2.3. Los requerimientos administrativos de informes y dictámenes de abogados: límites

Las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus potestades de inspección, requieren con frecuencia creciente a los administrados la aportación de informes, dictámenes y comunicaciones mantenidas con sus asesores jurídicos. Estos requerimientos se producen en ámbitos diversos, desde la inspección tributaria —con el potencial de la vertiente penal por defraudación tributaria— hasta las investigaciones en materia de defensa de la competencia, pasando por la supervisión financiera y los procedimientos de prevención del blanqueo de capitales.

La legitimidad de estos requerimientos plantea cuestiones jurídicas de primer orden. Desde la perspectiva del secreto profesional, el requerimiento dirigido al cliente para que aporte documentos amparados por esta garantía suscita la cuestión de si el titular del secreto es exclusivamente el abogado o también el cliente.

En el ordenamiento jurídico español, la doctrina mayoritaria y la regulación estatutaria configuran el secreto profesional como un deber del abogado y un derecho del cliente, lo que implica que el cliente puede, en principio, renunciar a la protección y facilitar voluntariamente la documentación solicitada. Sin embargo, esta posibilidad de renuncia voluntaria se desnaturaliza cuando el requerimiento va acompañado de la amenaza de sanción por incumplimiento, pues en tal caso la aportación no puede considerarse verdaderamente voluntaria.

Desde la perspectiva del derecho a no autoincriminarse, el requerimiento de dictámenes jurídicos resulta particularmente problemático cuando estos contienen valoraciones sobre la licitud de la conducta del cliente. En efecto, un dictamen jurídico que concluya que determinada operación del cliente presenta riesgos de ilegalidad constituye, materialmente, un elemento pro-

batorio de extraordinario valor para fundamentar una acusación, pues demuestra no solo la realidad de los hechos sino también el conocimiento por parte del cliente de su posible ilicitud, elemento subjetivo frecuentemente determinante de la responsabilidad.

La Administración tributaria ha recurrido con particular frecuencia a requerimientos de esta naturaleza en el marco de procedimientos de comprobación relativos a operaciones de planificación fiscal agresiva. En estos supuestos, la Administración solicita al contribuyente la aportación de los informes jurídicos que fundamentaron la decisión de realizar determinadas operaciones, con el objetivo de verificar si existía una motivación económica válida o si, por el contrario, la operación tenía una finalidad exclusivamente fiscal. La aportación de estos informes puede resultar letal para la posición del contribuyente en un eventual procedimiento sancionador, particularmente cuando el informe contiene advertencias sobre los riesgos fiscales de la operación o reconoce la debilidad de determinados argumentos.

Los requerimientos administrativos de documentación protegida por el secreto profesional se encuentran sometidos a límites derivados tanto de la Constitución como del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el plano constitucional, el requerimiento debe respetar el principio de proporcionalidad, lo que exige que sea adecuado para la finalidad perseguida, necesario (en el sentido de que no existan medios menos gravosos para obtener la información) y proporcionado en sentido estricto (ponderación entre el interés público en la obtención de la información y los derechos fundamentales afectados).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una jurisprudencia específica sobre las injerencias en el secreto profesional del abogado en el marco del artículo 8 del Convenio. A título de ejemplo, y en aras de no exceder el limitado campo expositivo, en el asunto *Michaud c. Francia*, de 6 de diciembre de 2012, el Tribunal analizó la compatibilidad con el Convenio de las obligaciones de declaración de operaciones sospechosas impuestas a los abogados por la normativa de prevención del blanqueo de capitales, concluyendo que tales obligaciones no vulneraban el artículo 8 cuando existían mecanismos de filtrado que preservaban el núcleo del secreto profesional. En el asunto *André y otros c. Francia*, de 24 de julio de 2008, el Tribunal condenó a Francia por haber autorizado el registro del despacho de un abogado sin garantías suficientes para preservar la confidencialidad de las comunicaciones con sus clientes.

III. EL ABOGADO INTERNO (*IN-HOUSE COUNSEL*) Y EL SECRETO PROFESIONAL

3.1. La figura del abogado de empresa

La figura del abogado integrado en la estructura organizativa de una empresa, conocido como abogado *in-house* o letrado de empresa, ha adquirido

una importancia creciente en la práctica jurídica contemporánea. El abogado de empresa presta sus servicios jurídicos en régimen de dependencia laboral, manteniendo una relación de subordinación jerárquica con la empresa que, simultáneamente, es su empleadora y su cliente. Esta doble condición de empleado y asesor jurídico plantea cuestiones específicas respecto del alcance de la protección del secreto profesional aplicable a sus comunicaciones y dictámenes.

Hay que dejar bien claro que el ordenamiento jurídico español, particularmente la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogacía y Procura, y el Estatuto General de la Abogacía Española, configuran un régimen unitario de la profesión de abogado, sin distinguir formalmente entre el ejercicio libre y el ejercicio por cuenta ajena.[7]

De este modo, en el Derecho español, el abogado de empresa que se encuentre inscrito como ejerciente en un Colegio de la Abogacía goza, en principio, de la misma protección del secreto profesional que el abogado de ejercicio libre, siempre que actúe en su condición de letrado y en el ejercicio de funciones de asesoramiento jurídico o defensa. Esta equiparación, sin embargo, no es pacífica en todos los ordenamientos jurídicos, como evidencia la relevante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.[8]

Con todo, el examen de la problemática ha de hacerse a la luz de la casuística concreta, dado que el abogado *in-house* no pocas veces opera con plurifuncionalidad, lo que exige la debida tarea de deslinde y amojonamiento conceptual en aplicación del Derecho de garantías.[9]

---

7 El artículo 1 del Estatuto General de la Abogacía define la abogacía como una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público, y reconoce expresamente que puede ejercerse tanto por cuenta propia como por cuenta ajena. El artículo 21 del mismo texto extiende el deber de secreto profesional a todos los abogados, con independencia de la modalidad de ejercicio, estableciendo que "el secreto profesional comprende todos los hechos o noticias que conozca el abogado por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional".

8 Alemania presenta un modelo de protección especialmente intenso del secreto profesional, con garantías penales y constitucionales indirectas y extensión a registros y actuaciones de investigación, incluso respecto de abogados in-house colegiados. Francia ha reforzado el secret professionnel como manifestación del derecho de defensa, aunque mantiene una posición restrictiva respecto de los abogados internos. Bélgica y Luxemburgo han contribuido, a raíz de la reciente jurisprudencia del TJUE, a consolidar un elevado estándar europeo de protección frente a obligaciones de revelación, particularmente en materia tributaria. Países Bajos adopta un modelo garantista, si bien más pragmático y abierto a la ponderación con intereses públicos. Por su parte, el Reino Unido, pese a su salida de la Unión Europea, constituye un referente por la robusta configuración del legal professional privilege como derecho del cliente frente al Estado.

9 Una de las dificultades específicas que plantea la figura del abogado de empresa en relación con el secreto profesional es la frecuente coincidencia en una misma per-

3.2. La sentencia Akzo Nobel del TJUE y sus lastres

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals c. Comisión* (asunto C-550/07 P), constituye el pronunciamiento de referencia sobre la extensión del secreto profesional a los abogados de empresa en el ámbito del Derecho de la Unión. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia confirmó la doctrina establecida en *AM & S* según la cual la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente en los procedimientos de defensa de la competencia de la Unión Europea exige que el abogado sea independiente, es decir, que no esté vinculado a su cliente por una relación laboral.[10]

El Tribunal fundamentó esta restricción en la consideración de que el abogado integrado en la empresa no goza del mismo grado de independencia que el abogado externo, dada su vinculación estructural y económica con su empleador, lo que le situaría en una posición de menor capacidad para hacer prevalecer las exigencias profesionales y deontológicas frente a

---

sona de funciones estrictamente jurídicas y funciones de naturaleza empresarial o gerencial. El abogado de empresa puede participar en la adopción de decisiones empresariales no ya como asesor jurídico sino como directivo o miembro de órganos de decisión, en cuyo caso sus comunicaciones y documentos no revestirían naturaleza de asesoramiento jurídico y, por tanto, no quedarían amparados por el secreto profesional.

Esta problemática se agudiza en relación con los denominados informes de *compliance* o cumplimiento normativo, en los que el abogado de empresa analiza la adecuación de las prácticas empresariales a la normativa aplicable. Estos informes presentan una naturaleza híbrida, pues combinan elementos de asesoramiento jurídico (valoración de la licitud de determinadas conductas) con elementos de gestión empresarial (recomendaciones operativas para la organización). La calificación de estos documentos a efectos del secreto profesional requiere un análisis casuístico que atienda al propósito predominante del documento: si su finalidad principal es proporcionar asesoramiento jurídico al cliente-empresa, quedará protegido; si su finalidad principal es documentar procesos empresariales o satisfacer requisitos regulatorios, la protección resultará más discutible.

La Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (Directiva *Whistleblowing*), y su transposición al Derecho español mediante la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, añaden una capa adicional de complejidad a esta problemática. En efecto, la implementación de canales internos de denuncia y la gestión de las investigaciones internas derivadas de las denuncias recibidas pueden generar documentación de naturaleza mixta cuya protección por el secreto profesional resulta incierta.

El artículo 9, al establecer con carácter preceptivo el traslado al Ministerio Fiscal de la *notitia criminis*, podría vulnerar la no autoincriminación.

10 Confundiendo abiertamente dependencia laboral con la independencia técnico-jurídica.

los intereses comerciales de la empresa. En consecuencia, las comunicaciones entre un abogado de empresa y su empleador no quedan protegidas por el privilegio de confidencialidad (*legal professional privilege*) frente a los requerimientos de información de la Comisión Europea en investigaciones de defensa de la competencia.

Esta doctrina ha sido objeto de críticas intensas y sólidamente fundamentadas. En obligada síntesis, por no desbordar el marco de este artículo doctrinal, los críticos señalan, en primer lugar, que la independencia del abogado no depende de su forma de vinculación contractual sino de su sometimiento a normas deontológicas y a la supervisión colegial; en segundo lugar, que la denegación de la protección a los abogados de empresa desincentiva la solicitud de asesoramiento jurídico interno, con el consiguiente perjuicio para la cultura de cumplimiento normativo (compliance); y en tercer lugar, que esta doctrina genera una discriminación injustificada entre empresas que recurren a asesores externos (cuyas comunicaciones están protegidas) y empresas que han optado por organizar su asesoramiento jurídico de forma interna.

La CNMC ha incorporado la doctrina *Akzo* como criterio rector de sus actuaciones inspectoras, partiendo de que el abogado de empresa carece de la independencia exigida para beneficiarse del privilegio de confidencialidad abogado-cliente. El vínculo laboral se convierte así en un factor excluyente de la protección, permitiendo el acceso administrativo a comunicaciones jurídicas internas que, desde una concepción constitucional del derecho de defensa y del secreto profesional, podrían constituir material protegido. Esta recepción de *Akzo* sitúa en tensión el Derecho de la competencia europeo con la configuración española contemporánea del secreto profesional, especialmente tras la LO 5/2024 del Derecho de Defensa.

En materia tributaria, se ha dado una nueva vuelta de tuerca cuando el TEAC, en resolución de 15 de octubre de 2025, ha sostenido que el secreto profesional no impide a la Administración requerir al cliente documentación elaborada por abogados, planteamiento que ha suscitado críticas desde el ámbito deontológico, al entenderse que la protección no corresponde aisladamente al abogado o al cliente, sino a la relación de confianza y a las comunicaciones y los documentos que la integran. El debate sobre el alcance del secreto profesional de los abogados in-house en España ha tenido un nuevo episodio, aunque no definitivo, con la intervención del Tribunal Supremo respecto de actuaciones de la Audiencia Nacional y de la CNMC.

En España, esta concepción europea de garantía sustantiva de la que hablábamos líneas atrás ha cobrado especial relevancia respecto de los abogados *in-house*: en el asunto Renfe, la Audiencia Nacional (Auto 4325/2025, ECLI:ES:AN:2025:4325 A) reconoció cautelarmente que la divulgación de comunicaciones entre la empresa y su abogado interno podía afectar al derecho fundamental de defensa del art. 24 CE, criterio posteriormente con-

firmado por el Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2026:3091 A). Este reconocimiento encuentra respaldo, además, en los arts. 21, 22 y 39 EGAE, el art. 542.3 LOPJ, el art. 5 CDAE y el art. 16 de la LO 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa.

En nuestra visión, la doctrina Akzo Nobel ha de quedar superada. En primer término, la independencia del abogado de empresa es un principio profesional y deontológico que ordena el modo técnico-jurídico de prestar el asesoramiento/defensa (con libertad, independencia, diligencia y responsabilidad propia[11]), y que se proyecta incluso "cualquiera que sea la forma" de ejercicio, incluyendo el trabajo por cuenta ajena. Esta independencia es compatible con la dependencia laboral que predica el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores porque dicha dependencia se refiere a la integración en la organización y dirección empresarial (marco de prestación, tiempos, medios y coordinación), mientras que la independencia opera como límite cualitativo del poder de dirección en lo que afecte al juicio profesional, a las exigencias técnicas y deontológicas y, en sede judicial, a las prerrogativas funcionales de libertad e independencia del abogado.

En segundo lugar, como hemos avanzado párrafos atrás, ni el artículo 16 de la LODD ni el artículo 542 de la LOPJ introducen distinción alguna entre abogados ejercientes por cuenta propia y abogados ejercientes por cuenta ajena. Esta opción legislativa responde a una comprensión de la profesión centrada en la función jurídica desempeñada y no en la modalidad organizativa a través de la cual se presta el servicio. El artículo 13 de la LODD identifica a los profesionales de la abogacía con "aquellas personas que, por cuenta propia o ajena, estando en posesión del título profesional regulado (...) están incorporadas a un colegio de la abogacía como ejercientes y se dedican de forma profesional al asesoramiento jurídico, a la solución de conflictos y a la defensa de derechos e intereses ajenos".

En tercer lugar, el Estatuto General de la Abogacía Española reconoce expresamente la condición profesional plena del abogado ejerciente por cuenta ajena, incluyendo al abogado de empresa.

En cuarto lugar, la jurisprudencia del TJUE, si bien mantuvo en *Akzo Nobel* (C-550/07 P) una exclusión del abogado de empresa del ámbito del *legal professional privilege* en Derecho de la competencia de la Unión, lo hizo sobre la base de un concepto de independencia vinculado a la ausencia de relación laboral. Sin embargo, la evolución posterior —particularmente las sentencias *Orde van Vlaamse Balies*, *Ordre des avocats du barreau de Luxembourg* y *Halmer Rechtsanwaltsgesellschaft*— parece orientarse progresivamente hacia

11 La libertad e independencia en el ejercicio profesional es una prerrogativa del letrado con amplio respaldo normativo (art. 1.3, 31.1 y 47 EGAE, y art. 2 CD, art. 542.2 LOPJ y art. 14.1 LODD).

una protección funcional de la confidencialidad jurídica y hacia una concepción de la independencia basada en garantías efectivas y no exclusivamente en la ausencia de vínculo laboral.

En quinto lugar, el propio ordenamiento español contiene las garantías de independencia del abogado de empresa que justifican la extensión plena del secreto profesional a su actividad. El abogado interno, en cuanto profesional incorporado como ejerciente a un Colegio de la Abogacía, queda sometido a las mismas normas deontológicas, al mismo régimen disciplinario y a las mismas obligaciones de secreto que cualquier otro profesional de la abogacía. Su independencia técnica está garantizada por la vinculación a la deontología profesional y por la prohibición de recibir instrucciones que comprometan su criterio jurídico.

En sexto lugar, el Convenio para la Protección de la Profesión de Abogado, adoptado en el seno del Consejo de Europa[12], utiliza una definición amplia de abogado que no distingue entre abogados externos e internos, lo que confirma la tendencia internacional hacia la protección funcional de la confidencialidad con independencia de la modalidad de ejercicio.

Akzo no debería interpretarse como una autorización para acceder sin límites a la producción jurídica interna de la empresa. Incluso allí donde el privilegio profesional europeo no resulte aplicable por ausencia de independencia del abogado *in-house*, subsiste la necesidad de controlar si el requerimiento constituye una forma indirecta de eludir el derecho de la persona jurídica a no autoincriminarse. El verdadero límite ya no se encuentra únicamente en el secreto profesional, sino en la prohibición constitucional de obtener por vía vicaria aquello que no podría exigirse directamente al sujeto investigado.

Esto nos permite afirmar que el secreto profesional y el principio *nemo tenetur* no son garantías paralelas, sino garantías comunicantes; cuando la primera se debilita por razones de independencia profesional (Akzo), la segunda debe expandir su radio de protección para impedir que la obtención

---

12 Sobre el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de la Profesión de Abogado (CETS n.º 226), adoptado el 12 de marzo de 2025 y abierto a la firma el 13 de mayo siguiente, constituye el primer tratado internacional jurídicamente vinculante específicamente dedicado a la protección de la profesión de la abogacía. El Convenio refuerza su independencia y seguridad, protege expresamente la confidencialidad de las comunicaciones profesionales y garantiza la autonomía de sus asociaciones, estableciendo además un mecanismo específico de supervisión mediante el Grupo de Expertos sobre la Protección de los Abogados (GRAVO) y el Comité de las Partes. Su entrada en vigor requiere la ratificación de ocho signatarios, al menos seis de ellos Estados miembros del Consejo de Europa. En España, la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados aprobó el 14 de abril de 2026 una Proposición no de Ley relativa a su ratificación, instando al Gobierno a promoverla.

de información a través de la abogacía se convierta en un mecanismo indirecto de autoincriminación de la persona jurídica.

Así las cosas, proponemos cambiar la óptica: el secreto profesional no es un límite externo al *nemo tenetur*; es una de sus manifestaciones funcionales cuando la contribución autoincriminatoria se canaliza a través de la relación entre la persona jurídica y sus abogados.

IV. UNA PERSPECTIVA ANCILAR: LA AUTOINCRIMINACIÓN VICARIA

La vulneración del *nemo tenetur* puede producirse no solo mediante formas directas de compulsión, sino también a través de mecanismos de autoincriminación indirecta. Entre estas modalidades despunta una categoría específica, que puede denominarse *autoincriminación vicaria*, caracterizada por la obtención de información potencialmente incriminatoria mediante requerimientos dirigidos a sujetos que, aun siendo formalmente distintos del investigado, actúan funcionalmente como prolongación de su espacio de defensa.

La autoincriminación vicaria constituye entonces la manifestación cualificada de la autoincriminación indirecta en aquellos supuestos en que la información es obtenida de sujetos integrados funcionalmente en el círculo defensivo del investigado.

4.1. Fundamento y alcance del principio de no autoincriminación

El derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, consagrado en el artículo 24.2 CE, constituye una de las manifestaciones esenciales del derecho de defensa. Su función no consiste únicamente en proteger al investigado frente a una confesión forzada, sino en impedir que los poderes públicos obtengan mediante coacción una contribución activa del propio sujeto a la construcción de la prueba de cargo. Desde esta perspectiva, la garantía expresa una idea más profunda: el Estado debe acreditar la infracción utilizando sus propios medios de investigación y prueba, sin trasladar al investigado la carga de colaborar en su propia incriminación.[13]

La jurisprudencia constitucional ha vinculado tradicionalmente este derecho a la presunción de inocencia y ha destacado su naturaleza instrumen-

13 La jurisprudencia constitucional ha extendido estas garantías al ámbito administrativo sancionador, sobre la base de la identidad sustancial entre sanciones penales y administrativas. Sin embargo, ha mantenido una distinción entre los procedimientos de comprobación o investigación y los procedimientos sancionadores, admitiendo en los primeros deberes de colaboración con la Administración. Esta separación ha sido objeto de crítica doctrinal, al permitir que información obtenida bajo deberes de colaboración pueda posteriormente emplearse con fines represivos.

tal respecto del derecho de defensa.[14] Ello explica que su ámbito de aplicación no se agote en el proceso penal en sentido estricto. En efecto, a partir de la doctrina de la identidad sustancial entre el ilícito penal y determinadas manifestaciones del ilícito administrativo sancionador, consolidada desde la STC 18/1981, el Tribunal Constitucional ha reconocido la proyección de las garantías del artículo 24 CE sobre procedimientos administrativos de naturaleza punitiva.

Esta extensión resulta decisiva para el objeto de nuestro estudio. Las tensiones contemporáneas entre el derecho de defensa y los deberes de colaboración no se producen normalmente dentro del proceso penal, sino en fases previas de inspección, supervisión o investigación administrativa, en las que el administrado puede verse obligado a proporcionar información susceptible de ser posteriormente utilizada para fundamentar una sanción o incluso una acusación penal.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha mantenido una distinción entre las actuaciones de comprobación e investigación y los procedimientos sancionadores propiamente dichos. La STC 76/1990, dictada en materia tributaria, consideró compatible con la Constitución la existencia de deberes de colaboración en el marco de actuaciones inspectoras, negando que del artículo 24 CE derive un derecho a ocultar información exigible para el cumplimiento de obligaciones legales.

Sin embargo, esta construcción no ha dejado de suscitar objeciones. La separación formal entre la actividad inspectora y la potestad sancionadora resulta insuficiente cuando la información obtenida bajo amenaza de sanción en la primera fase termina alimentando la segunda. En tales supuestos, el reconocimiento posterior del derecho a guardar silencio corre el riesgo de convertirse en una garantía puramente nominal, porque la aportación incriminatoria ya se ha producido. Consciente de esta dificultad, la STC 54/2015 avanzó hacia una comprensión más material del problema, al admitir que la garantía puede resultar vulnerada cuando la información obtenida compulsivamente durante una inspección es utilizada después con finalidad sancionadora sin que el afectado haya tenido una posibilidad real de invocar su derecho a no autoincriminarse.

En consecuencia, la cuestión central no radica en la denominación formal del procedimiento, sino en determinar si la actuación estatal persigue,

14 En su Sentencia 197/1995, de 21 de diciembre, el Tribunal Constitucional (ECLI:ES:TC:1995:197) afirmó que el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable son garantías instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación.

directa o indirectamente, la obtención de elementos destinados a fundamentar un ulterior reproche jurídico.

La construcción europea del principio ha seguido una evolución paralela, aunque más intensamente orientada hacia una comprensión material de la garantía.

Aunque el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no menciona expresamente el derecho a no autoincriminarse, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo ha integrado desde hace décadas en la noción de proceso equitativo. El punto de partida lo constituye la sentencia *Funke c. Francia* (1993), en la que el Tribunal condenó a las autoridades francesas por imponer sanciones a un particular que se había negado a entregar documentos cuya aportación equivalía a colaborar en la acreditación de la infracción que se le atribuía.

A partir de ese pronunciamiento, el Tribunal de Estrasburgo fue desarrollando una doctrina destinada a delimitar el alcance de la protección. En *Saunders c. Reino Unido* (1996) introdujo la conocida distinción entre la información dependiente de la voluntad del sujeto y el material cuya existencia es independiente de ella. La finalidad de esta construcción era evitar que la garantía se transformase en una inmunidad absoluta frente a cualquier actividad investigadora del Estado.[15]

No obstante, la jurisprudencia posterior mostró que dicha distinción no podía aplicarse mecánicamente. La sentencia *J. B. c. Suiza* (2001) evidenció que incluso respecto de documentos preexistentes puede existir una vulneración del artículo 6 cuando su entrega es exigida mediante mecanismos coercitivos en un contexto claramente orientado hacia la imposición de sanciones. El elemento decisivo deja así de ser la mera naturaleza física del

15 Efectivamente, a partir de la sentencia *Funke c. Francia* (1993), el TEDH ha afirmado que las autoridades no pueden compeler a una persona a aportar pruebas de su propia infracción mediante sanciones o medidas coercitivas. Posteriormente, en *Saunders c. Reino Unido* (1996), distinguió entre las declaraciones o informaciones dependientes de la voluntad del sujeto y el material preexistente obtenido coactivamente, delimitación que fue posteriormente matizada por decisiones como *J. B. c. Suiza* (2001). La jurisprudencia más reciente ha subrayado que la finalidad esencial de la garantía es proteger frente a la coacción estatal indebida mediante criterios de proporcionalidad y de adecuación de las salvaguardias procesales.
Por su parte, el Derecho de la Unión Europea encuentra el fundamento de esta garantía en los artículos 47 y 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, relativos al derecho a un proceso equitativo, la presunción de inocencia y los derechos de defensa. Sobre esta base, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido el derecho a no autoincriminarse como un elemento inherente al derecho de defensa, especialmente desarrollado en el ámbito del Derecho de la competencia, donde ha experimentado una evolución jurisprudencial propia respecto de los límites de los requerimientos de información dirigidos a los investigados.

documento para desplazarse hacia el contexto en el que se reclama y la finalidad que persigue la autoridad.

Posteriormente, resoluciones como *Shannon c. Reino Unido* (2005) y *O'Halloran y Francis c. Reino Unido* (2007) consolidaron una aproximación basada en criterios de proporcionalidad. La atención se dirige al grado de compulsión ejercido, a las garantías procesales existentes y al uso que finalmente se haga de la información obtenida. Bajo esta óptica, la prohibición de autoincriminación aparece menos como una regla rígida y más como un límite material frente a formas de presión estatal incompatibles con la equidad del procedimiento.[16]

En el ámbito de la Unión Europea, el fundamento normativo de esta garantía se encuentra en los artículos 47 y 48 de la Carta de Derechos Fundamentales. Sobre la base de estos preceptos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido igualmente el derecho a no autoincriminarse como parte integrante de los derechos de defensa.

La elaboración jurisprudencial europea ha tenido especial relevancia en materia de competencia, donde confluyen amplias potestades de investigación con sanciones de extraordinaria intensidad económica. Precisamente por ello, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha debido enfrentarse a una cuestión recurrente: determinar hasta qué punto la obligación de colaborar con una investigación puede llegar a imponer al investigado la carga de contribuir a la demostración de la infracción.

La respuesta ha sido, en términos generales, negativa respecto de cualquier exigencia que implique admitir o reconstruir la propia conducta ilícita. El derecho de defensa no excluye la potestad de requerir información objetiva o documentación preexistente, pero sí impide transformar al investigado en una fuente obligatoria de autoinculpación.

De este modo, tanto la jurisprudencia constitucional española como la europea convergen en una misma idea: el principio *nemo tenetur se ipsum accusare* constituye un límite estructural al ejercicio de los poderes de investigación. Su finalidad no es obstaculizar la actuación legítima de los poderes públicos, sino preservar la integridad del derecho de defensa frente a cualquier mecanismo que pretenda obtener mediante compulsión lo que

16 (ECLI:CE:ECHR:2005:1004JUD000656303 y ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902, respectivamente). Ambas resoluciones consolidaron un cambio metodológico en el TEDH respecto al derecho a no declarar contra sí mismo. Mientras que en fallos previos este derecho se perfilaba de forma casi absoluta, a partir de Shannon y, de forma definitiva, con la Gran Sala en O'Halloran y Francis, el Tribunal aplica un juicio de proporcionalidad. Se consideran elementos diversos, como la naturaleza y grado de la coacción, el peso del interés público y la existencia de garantías procesales, para determinar si se ha quebrado la equidad global del procedimiento

corresponde acreditar a la propia autoridad. Esa premisa servirá de base para abordar, en los apartados siguientes, la tensión entre las potestades de requerimiento de información, el secreto profesional y la construcción de la autoincriminación vicaria.

4.2. Colaboración administrativa y coerción

La expansión contemporánea del Estado regulador ha venido acompañada de un fortalecimiento progresivo de las potestades administrativas de obtención de información. La Administración no se limita ya a reaccionar frente a infracciones consumadas, sino que desarrolla funciones permanentes de supervisión, inspección, prevención y control en sectores tan diversos como el ámbito tributario, financiero, societario, mercantil, medioambiental, de competencia o de prevención del blanqueo de capitales. El ejercicio eficaz de estas funciones exige inevitablemente la colaboración de los administrados, razón por la cual el ordenamiento jurídico ha articulado múltiples deberes de aportación de datos, exhibición documental y respuesta a requerimientos de información.

Estos deberes responden a una lógica institucional comprensible. En organizaciones económicas cada vez más complejas, gran parte de la información relevante para el ejercicio de las potestades públicas se encuentra en poder de los propios sujetos supervisados. La efectividad de la actuación administrativa depende, por tanto, de que estos faciliten el acceso a documentos, registros y datos necesarios para la comprobación del cumplimiento de la legalidad. De ahí que normas como la Ley General Tributaria, la Ley de Defensa de la Competencia o la legislación reguladora de los sectores financieros atribuyan a las autoridades amplias facultades de investigación cuyo incumplimiento puede sancionarse mediante multas o medidas coercitivas.

Sin embargo, esta misma lógica genera una tensión constitucional evidente. El sujeto requerido puede encontrarse en la necesidad de elegir entre colaborar con la Administración aportando información potencialmente perjudicial para sus propios intereses o negarse a hacerlo, asumiendo el riesgo de ser sancionado por incumplir el deber legal de colaboración. El conflicto no se produce, por tanto, entre colaboración y opacidad, sino entre dos mandatos jurídicos igualmente legítimos: de un lado, el interés público en la eficacia de las funciones inspectoras y supervisoras; de otro, la garantía constitucional que impide convertir al investigado en instrumento de su propia incriminación.

La respuesta tradicional del Tribunal Constitucional a esta tensión se ha construido sobre la distinción entre los procedimientos de verificación o comprobación y los procedimientos sancionadores. Conforme a esta doctrina, los deberes de colaboración resultan compatibles con la Constitución cuando se ejercen dentro de actuaciones administrativas dirigidas a consta-

tar hechos o verificar el cumplimiento de obligaciones legales, siempre que no se transformen en mecanismos de obtención de prueba de cargo en un procedimiento punitivo.

La STC 76/1990 constituye el pronunciamiento de referencia en esta materia. En ella se afirmó que la Constitución no reconoce un derecho a ocultar a la Administración datos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones tributarias y que la exigencia de colaboración durante la actividad inspectora no vulnera por sí misma el derecho a no declarar contra uno mismo. La legitimidad constitucional del deber de colaboración descansaría así en la diferente naturaleza y finalidad de las potestades de comprobación respecto de las potestades sancionadoras.

No obstante, la eficacia práctica de esta construcción ha sido ampliamente cuestionada. La principal dificultad radica en que la separación formal entre ambas fases no siempre se corresponde con una verdadera separación material. Con frecuencia, la información obtenida durante una inspección constituye precisamente el fundamento sobre el que se construye posteriormente la imputación sancionadora. Cuando ello ocurre, la garantía frente a la autoincriminación corre el riesgo de quedar vaciada de contenido, pues el sujeto ya ha proporcionado bajo compulsión los elementos de hecho que permitirán sustentar la acusación posterior.

Consciente de esta realidad, la jurisprudencia constitucional más reciente ha evolucionado hacia una aproximación menos formalista. La STC 54/2015 reconoció expresamente que la utilización en un procedimiento sancionador de información obtenida coactivamente durante una actuación inspectora puede vulnerar el artículo 24 CE cuando el afectado no haya tenido una oportunidad real de ejercer su derecho de defensa. La protección constitucional comienza así a desplazarse desde la calificación formal del procedimiento hacia la función material que la información desempeña en la construcción del reproche jurídico.[17]

---

17 El ámbito tributario constituye el escenario paradigmático de la tensión entre los deberes de colaboración y el derecho a no autoincriminarse. La Ley General Tributaria establece un amplio deber de colaboración con la Administración tributaria, cuyo incumplimiento se tipifica como infracción tributaria en los artículos 203 y siguientes. Simultáneamente, la propia Ley contempla la posibilidad de imponer sanciones tributarias que, atendiendo a su naturaleza y gravedad, pueden alcanzar la consideración de "acusaciones en materia penal" a los efectos del Convenio Europeo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido reconociendo progresivamente la operatividad del derecho a no autoincriminarse en el ámbito tributario, si bien con un alcance limitado. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2014 (Sala Tercera) ECLI:ES:TS:2014:2308, reconoció que el derecho a no autoincriminarse puede ser invocado frente a requerimientos de información cuando existan indicios de la comisión de una infracción tributaria y

el requerimiento se dirija a obtener información que pudiera fundamentar la imposición de una sanción. No obstante, el Tribunal precisó que este derecho no ampara una negativa genérica a colaborar con la Administración tributaria, sino que debe invocarse de manera concreta respecto de información específica cuya aportación pudiera resultar autoincriminatoria. Las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 4 y 10 de diciembre de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:5648 y ECLI:ES:TS:2025:5552) han delimitado el alcance del derecho a no autoincriminarse en el ámbito tributario. La Sala Tercera sostiene que la información o documentación que el contribuyente está legalmente obligado a emitir, conservar y exhibir ante la Administración puede utilizarse posteriormente en un procedimiento sancionador cuando tenga una existencia independiente de su voluntad, como sucede con la documentación preexistente. Sin embargo, el derecho a no autoinculparse impide emplear, con fines sancionadores, aquellas pruebas cuya creación o aportación dependa de la voluntad del obligado y que hayan sido obtenidas bajo amenaza de sanción. De este modo, el Tribunal distingue entre los procedimientos de aplicación de los tributos, donde no opera esta garantía, y el procedimiento sancionador, donde el derecho fundamental despliega toda su eficacia, obligando a excluir tanto la prueba obtenida con vulneración de dicha garantía como las que deriven de ella. En definitiva, la clave reside en diferenciar entre documentación preexistente e independiente de la voluntad del contribuyente y aquella cuya obtención implica una colaboración forzada potencialmente autoincriminatoria.

En el terreno del Derecho de la competencia, la tensión entre los requerimientos de información y el derecho a no autoincriminarse presenta características específicas derivadas tanto de la gravedad de las sanciones imponibles como de la naturaleza de las investigaciones. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dispone de amplias potestades de investigación, incluida la facultad de formular requerimientos de información cuyo incumplimiento puede ser sancionado con multas coercitivas.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea abordó tempranamente esta cuestión en su sentencia de 18 de octubre de 1989, *Orkem c. Comisión* (asunto 374/87), en la que reconoció que, si bien las empresas investigadas por prácticas anticompetitivas están obligadas a facilitar a la Comisión la información factual requerida, incluso cuando dicha información pueda ser utilizada para establecer la existencia de una infracción, no pueden ser obligadas a proporcionar respuestas que impliquen la admisión de una infracción cuya prueba corresponde a la Comisión. Esta distinción entre la obligación de facilitar información factual y el derecho a no proporcionar respuestas autoincriminatorias ha sido reiterada en jurisprudencia posterior, aunque su aplicación práctica resulta con frecuencia problemática.

La sentencia del Tribunal General de 20 de febrero de 2001, *Mannesmannröhren-Werke c. Comisión* (asunto T-112/98), precisó que el derecho a no autoincriminarse reconocido en *Orkem* no se extiende a la aportación de documentos preexistentes, sino únicamente a las respuestas que impliquen una admisión directa de la infracción. Esta interpretación restrictiva ha sido criticada por la doctrina, que señala que puede conducir a resultados incoherentes cuando los documentos preexistentes contienen información equivalente a una confesión.

4.3. La concepción material del TEDH: la "acusación en materia penal"

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha seguido una evolución similar, aunque desde planteamientos sustancialmente más materiales. Frente a la tradicional distinción entre procedimientos administrativos y procedimientos sancionadores, el Tribunal de Estrasburgo ha desarrollado el concepto autónomo de «acusación en materia penal», cuya existencia no depende de la denominación utilizada por el Derecho interno.

Desde la sentencia *Engel c. Países Bajos*, el TEDH viene sosteniendo que la aplicabilidad de las garantías vinculadas al artículo 6 del Convenio debe determinarse atendiendo a criterios materiales: la naturaleza de la infracción, la finalidad de la actuación estatal y la gravedad de las consecuencias a las que se enfrenta el afectado. Esta doctrina impide que la simple configuración administrativa de un procedimiento pueda servir para eludir las exigencias derivadas del derecho de defensa y del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

La consecuencia práctica de esta aproximación es particularmente relevante en ámbitos como el tributario o el de la defensa de la competencia. Aunque formalmente se desarrollen dentro de procedimientos administrativos, las investigaciones pueden desembocar en sanciones de extraordinaria intensidad económica y reputacional. En tales circunstancias, la protección frente a la autoincriminación no puede quedar condicionada exclusivamente por la etiqueta procedimental elegida por el legislador, sino que debe examinarse a la luz de la verdadera finalidad y de los efectos potenciales de la actuación administrativa.

4.4. Hacia una concepción sustancial de la coerción informativa

La evolución convergente de la jurisprudencia constitucional y europea permite advertir un cambio de enfoque. El problema ya no consiste únicamente en determinar si existe un deber legal de colaboración ni en identificar el tipo de procedimiento en el que se formula el requerimiento. La cuestión verdaderamente relevante es establecer si la actuación pública persigue obtener del propio sujeto una contribución que más tarde pueda utilizarse para fundamentar un reproche sancionador o penal.

Desde esta perspectiva, la coerción no se manifiesta únicamente a través de técnicas físicas o compulsivas. También existe coerción cuando el ordenamiento sitúa al administrado ante la alternativa de colaborar en la producción de información incriminatoria o asumir consecuencias desfavorables derivadas de su negativa. En tales supuestos, la tensión entre los deberes de colaboración y el derecho de defensa alcanza su máxima intensidad.

Precisamente en este punto emerge la cuestión que constituye el núcleo de nuestro estudio. Si la Administración no puede obtener directamente del

investigado una colaboración incompatible con el principio *nemo tenetur*, cabe preguntarse si podrá conseguir el mismo resultado reclamando la información a quienes participan en la construcción de su defensa. La respuesta a este interrogante exige analizar la interacción entre el secreto profesional de la Abogacía y la prohibición de autoincriminación, cuestión a la que se dedica el siguiente apartado.[18]

4.5. Interferencias entre secreto profesional y nemo tenetur

Hemos avanzado líneas atrás que la relación entre el secreto profesional de la Abogacía y el principio *nemo tenetur* constituye uno de los problemas más complejos y menos explorados en la arquitectura contemporánea de las garantías de defensa. Tradicionalmente, ambos institutos han sido estudiados de forma autónoma. El secreto profesional se ha analizado como una garantía de confidencialidad inherente al ejercicio de la Abogacía, mientras que la prohibición de autoincriminación se ha configurado como un límite a los poderes públicos de investigación frente al sujeto investigado. Sin embargo, la progresiva expansión de las potestades administrativas de requerimiento de información y la consolidación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas obligan a replantear esta separación conceptual.

En realidad, aunque suene apodíctico, ambos principios operan sobre un mismo espacio jurídico: la defensa. El secreto profesional protege las condiciones necesarias para que esta pueda desarrollarse de forma libre y efectiva; el principio nemo tenetur, por su parte, preserva al titular del derecho frente a cualquier intento de convertir dicha actividad defensiva en una fuente de prueba de cargo. Se trata, por consiguiente, de garantías distintas en su fundamento inmediato, pero convergentes en su finalidad última: asegurar que el ejercicio del derecho de defensa no sea instrumentalizado por los poderes públicos para perseguir a quien precisamente pretende proteger.

Esta convergencia resulta especialmente visible cuando los requerimientos de información se dirigen a abogados, despachos profesionales o equipos jurídicos internos. En tales supuestos, la cuestión ya no consiste únicamente en determinar si la documentación solicitada se encuentra formalmente amparada por el secreto profesional. Lo verdaderamente relevante es esta-

18 Desde una perspectiva dogmática, pero de indudable relevancia práctica, estos requerimientos también suscitan una cuestión previa de importancia: determinar cuál es el verdadero alcance del secreto profesional frente a las facultades de investigación parlamentaria. La respuesta exige resolver si la obligación de colaboración con las instituciones puede justificar la revelación de información obtenida por el profesional de la Abogacía en el ejercicio de su función profesional o, por el contrario, si dicha información permanece amparada por un deber de confidencialidad que constituye una manifestación necesaria del derecho fundamental de defensa reconocido en el artículo 24 de la Constitución.

blecer si, mediante el requerimiento, el poder público accede a conocimientos, valoraciones o reconstrucciones de hechos elaborados en el marco de la función defensiva del cliente. Cuando ello ocurre, la controversia deja de situarse exclusivamente en el terreno de la confidencialidad profesional para proyectarse también sobre la prohibición de autoincriminación.

Desde esta perspectiva, el secreto profesional no puede ser entendido como un simple deber de reserva del abogado ni como una prerrogativa corporativa de la profesión[19]. Su fundamento constitucional descansa en la protección del derecho de defensa del cliente. El abogado aparece como titular del deber de guardar secreto, pero el interés tutelado pertenece mate-

19 El análisis comparado revela diferencias significativas en la configuración de la protección de las comunicaciones entre abogado y cliente frente a los requerimientos de las autoridades públicas. En los sistemas de *Common Law*, el *legal professional privilege* (o *attorney-client privilege* en la terminología estadounidense) constituye una institución consolidada que confiere una protección absoluta a las comunicaciones confidenciales entre abogado y cliente realizadas con finalidad de asesoramiento jurídico, con independencia de la naturaleza del procedimiento en cuyo marco se solicita la información.
En el Derecho inglés, el *legal professional privilege* comprende dos categorías: el *legal advice privilege*, que protege las comunicaciones confidenciales entre abogado y cliente realizadas con la finalidad dominante de dar o recibir asesoramiento jurídico, y el *litigation privilege*, que protege las comunicaciones con terceros realizadas con la finalidad dominante de un litigio existente o razonablemente contemplado. La extensión de esta protección a los abogados de empresa (*in-house lawyers*) fue reconocida por la House of Lords en *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd v Customs and Excise Commissioners* (1974) y confirmada en jurisprudencia posterior.
En el Derecho estadounidense, el *attorney-client privilege* protege las comunicaciones confidenciales entre abogado y cliente, y se complementa con la *work product doctrine*, que protege los materiales preparados por el abogado en anticipación de un litigio. La extensión de estas protecciones a los abogados de empresa fue reconocida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Upjohn Co. v. United States* (1981), en un pronunciamiento que expresamente rechazó la limitación de la protección a las comunicaciones con el grupo de control (*control group test*) de la empresa.
En el Derecho francés, el secreto profesional del abogado se configura como un principio de orden público cuya vulneración puede constituir un delito penal (artículo 226–13 del Código Penal). Sin embargo, la protección se ha visto erosionada en los últimos años por la expansión de las obligaciones de declaración en materia de prevención del blanqueo de capitales y por la jurisprudencia administrativa que admite la incautación de documentos de abogados bajo determinadas condiciones.
En Alemania, el secreto profesional del abogado (*Verschwiegenheitspflicht*) está configurado como un deber de discreción que se extiende a todos los hechos conocidos en el ejercicio profesional, y se complementa con un derecho a negarse a declarar como testigo (*Zeugnisverweigerungsrecht*) reconocido en las leyes procesales. La protección se extiende a los abogados de empresa (*Syndikusrechtsanwälte*) desde la reforma de 2015 de la Bundesrechtsanwaltsordnung, que reconoció expresamente su condición de abogados a todos los efectos.

rialmente a quien deposita en él su confianza para obtener asesoramiento jurídico. De ahí que la protección dispensada por el secreto profesional trascienda la posición subjetiva del letrado y se proyecte sobre el propio sujeto defendido.

Esta precisión resulta esencial para comprender la interacción entre ambas garantías. Si el interés protegido por el secreto profesional es, en última instancia, la efectividad del derecho de defensa, no puede admitirse que los límites constitucionales impuestos a un requerimiento dirigido contra el investigado desaparezcan por el simple hecho de que la información se solicite a su abogado. Tal conclusión transformaría una garantía sustantiva en una protección puramente formal, dependiente de la identidad del destinatario del requerimiento y fácilmente neutralizable mediante técnicas de externalización de la investigación.

La complementariedad entre secreto profesional y *nemo tenetur* se manifiesta así en planos distintos. El primero protege el canal de comunicación y confianza necesario para el ejercicio de la defensa. El segundo impide que el contenido generado dentro de ese espacio protegido sea convertido en una aportación forzada destinada a sustentar una acusación o un reproche sancionador. Uno asegura la existencia del ámbito de confidencialidad; el otro garantiza que dicho ámbito no pueda ser utilizado contra quien tiene derecho a invocarlo.

La autonomía conceptual de ambas garantías no desaparece por ello. Existen documentos protegidos por el secreto profesional cuyo contenido carece por completo de potencialidad incriminatoria. Del mismo modo, pueden existir supuestos de autoincriminación respecto de materiales no cubiertos por la confidencialidad abogado-cliente. Sin embargo, cuando ambos ámbitos coinciden, se produce un reforzamiento mutuo de la protección constitucional. El requerimiento deja entonces de afectar únicamente a la reserva profesional y pasa a comprometer también la posición defensiva del propio investigado.

Desde esta óptica, la categoría tradicional de la autoincriminación directa resulta insuficiente para explicar todos los supuestos que plantea la realidad contemporánea. La cuestión ya no es únicamente si la Administración, el regulador o la comisión parlamentaria pueden obtener información directamente de la persona jurídica. El verdadero problema consiste en determinar si pueden alcanzar el mismo resultado recabando esa información de quienes participan funcionalmente en la elaboración de su defensa. La respuesta a este interrogante exige abandonar una visión exclusivamente formal del principio *nemo tenetur* y avanzar hacia una concepción material de las garantías de defensa.

La consecuencia de cuanto antecede es que los conflictos derivados de los requerimientos de información formulados por Administraciones públicas, autoridades supervisoras o comisiones parlamentarias no pueden resolverse exclusivamente mediante las categorías tradicionales del secreto profesional

ni exclusivamente mediante la doctrina clásica de la autoincriminación. Ambos principios deben interpretarse de manera integrada. Sólo así es posible evitar que la protección conferida por uno quede vaciada de contenido por la insuficiente comprensión del otro.

La integración entre secreto profesional y *nemo tenetur* constituye, por ello, el presupuesto dogmático que permite abordar la cuestión central de este trabajo: si la prohibición de autoincriminación debe proyectarse también sobre los requerimientos dirigidos a quienes actúan dentro del perímetro defensivo de la persona jurídica.

4.6. Construcción de la categoría de autoincriminación vicaria

La formulación clásica del principio *nemo tenetur* se construyó históricamente sobre una relación bilateral relativamente sencilla: de un lado, el poder público titular de la potestad de investigar o sancionar; de otro, el individuo sometido a investigación. La garantía operaba como un límite frente a cualquier requerimiento dirigido al propio investigado cuya finalidad consistiera en obtener de éste una contribución activa para la acreditación de los hechos que podían fundamentar su responsabilidad.

La evolución del Derecho sancionador contemporáneo y, particularmente, la irrupción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha alterado profundamente esta representación tradicional. La persona jurídica carece de una voluntad física susceptible de comparecer inmediatamente ante una autoridad administrativa o judicial. Su actuación se despliega a través de órganos, representantes, directivos y profesionales que intervienen en la gestión, el control y, especialmente, en la articulación de su defensa. En consecuencia, una parte sustancial de la información jurídicamente relevante ya no se genera exclusivamente en el seno de la organización investigada, sino también en los espacios profesionales creados para analizar los hechos, evaluar riesgos, diseñar estrategias procesales y preparar la respuesta defensiva frente a una eventual imputación.

Este fenómeno obliga a replantear los presupuestos tradicionales de la prohibición de autoincriminación. El problema ya no consiste únicamente en determinar qué información puede exigirse directamente a la persona jurídica, sino también en identificar los límites constitucionales que condicionan los requerimientos dirigidos a aquellos sujetos que participan funcionalmente en la construcción de su defensa. La efectividad de la garantía no puede depender exclusivamente de la identidad formal del destinatario del requerimiento. Si así fuera, bastaría con desplazar el foco de la investigación desde la entidad investigada hacia quienes actúan en su perímetro defensivo para obtener indirectamente aquello que no podría legítimamente requerirse de forma directa.

Es precisamente en este punto donde emerge la categoría de la ***autoincriminación vicaria*** que postulamos.

Este enfoque puede definirse como la obtención por los poderes públicos de información potencialmente autoincriminatoria mediante requerimientos dirigidos a sujetos distintos del investigado, pero funcionalmente integrados en la elaboración, conservación o desarrollo de su estrategia de defensa. El concepto no se refiere, por tanto, a cualquier forma de obtención indirecta de información. No toda autoincriminación indirecta es autoincriminación vicaria. Lo que caracteriza a esta última es la especial relación funcional existente entre el tercero requerido y el titular del derecho de defensa.

La clave de la construcción no reside en la condición subjetiva del destinatario del requerimiento, sino en la naturaleza del material al que se pretende acceder. Si la información ha sido generada, analizada o sistematizada en el marco de la función defensiva de la persona jurídica, la cuestión constitucional ya no puede resolverse mediante una simple distinción entre quien ostenta formalmente la documentación y quien se encuentra sometido a investigación. Lo decisivo será determinar si el requerimiento permite al Estado acceder, por una vía indirecta, al resultado de una actividad intelectual orientada precisamente a la preparación de la defensa.

Desde esta perspectiva, la autoincriminación vicaria constituye una manifestación cualificada de la autoincriminación indirecta. Mientras esta última describe simplemente la obtención de información incriminatoria a través de un tercero, la categoría vicaria incorpora un elemento adicional: la integración funcional de ese tercero en el espacio defensivo del investigado. La autoincriminación indirecta se define por la trayectoria que sigue la información; la autoincriminación vicaria, por la posición que ocupa quien la suministra respecto del titular de la garantía.

La relevancia práctica de esta distinción se aprecia con claridad al comparar distintos supuestos. No es lo mismo un requerimiento dirigido a una entidad bancaria que custodia información objetiva sobre operaciones de un cliente que un requerimiento formulado a un despacho de abogados encargado de analizar jurídicamente tales operaciones. En el primer caso existe únicamente una obtención indirecta de información. En el segundo, la información procede de un sujeto que participa activamente en la construcción de la defensa jurídica del investigado. Es precisamente esta vinculación funcional la que justifica la aplicación de un nivel reforzado de protección constitucional.

El ámbito en el que la construcción adquiere una mayor importancia es el de las investigaciones internas y los sistemas de *compliance*. Las investigaciones corporativas contemporáneas generan una importante cantidad de documentación destinada a identificar riesgos jurídicos, reconstruir hechos relevantes, analizar incumplimientos normativos y evaluar posibles respon-

sabilidades. Informes forenses, entrevistas a empleados, matrices de riesgo, análisis regulatorios, *legal assessments*, informes de cumplimiento o memorandos elaborados por asesores externos constituyen herramientas concebidas para permitir que la persona jurídica comprenda su situación jurídica y adopte decisiones defensivas adecuadas.

La conversión automática de estos materiales en fuentes ordinarias de obtención de prueba plantea graves dificultades desde la perspectiva del derecho de defensa. Cuanto más diligente sea la organización en la detección, investigación y análisis de eventuales incumplimientos, mayor será el volumen de información que podría quedar a disposición de las autoridades investigadoras. El resultado sería paradójico: los mecanismos diseñados para fomentar la cultura de cumplimiento y la prevención de infracciones terminarían transformándose en instrumentos de autoincriminación.

La categoría de la autoincriminación vicaria permite precisamente evitar esa consecuencia. Su función no consiste en crear espacios inmunes a la investigación pública ni en conferir privilegios corporativos a determinados profesionales. Nada de eso. Su finalidad es preservar la integridad material del derecho de defensa frente a técnicas de investigación que, sin dirigirse formalmente contra el investigado, persiguen alcanzar idéntico resultado mediante la instrumentalización de quienes participan en su asistencia jurídica.

Esta construcción encuentra, además, una sólida conexión con la dimensión funcional del secreto profesional analizada en el apartado anterior. Si el secreto protege el espacio de confianza necesario para que la defensa pueda desarrollarse libremente, la prohibición de autoincriminación asegura que el contenido elaborado dentro de ese espacio no sea posteriormente transformado en un instrumento de cargo. Ambos principios convergen así sobre una misma realidad jurídica: la tutela del perímetro defensivo frente a las potestades de investigación pública.

En definitiva, la autoincriminación vicaria no constituye una ampliación artificial del principio *nemo tenetur*, sino una consecuencia lógica de su comprensión material. Si el ordenamiento prohíbe obligar a una persona jurídica a colaborar activamente en su propia incriminación, tampoco puede admitirse que esa colaboración sea obtenida mediante requerimientos formulados a quienes actúan como prolongación funcional de su defensa. Lo contrario supondría convertir una garantía constitucional sustantiva en una mera formalidad dependiente de la identidad del destinatario del requerimiento. La contribución autoincriminatoria no desaparecería; simplemente se produciría por sustitución. Y el Estado alcanzaría indirectamente aquello que el orden constitucional le impide obtener de manera directa.

4.7. Consecuencias para las potestades públicas de requerimiento

La construcción dogmática de la autoincriminación vicaria no constituye un mero ejercicio conceptual. Su verdadera relevancia reside en las consecuencias que proyecta sobre el alcance y los límites de las potestades públicas de requerimiento de información. Si se acepta que la prohibición de autoincriminación protege no solo frente a requerimientos dirigidos formalmente al investigado, sino también frente a aquellos que pretenden obtener por vías indirectas el resultado de su actividad defensiva, resulta inevitable reinterpretar el ejercicio de las facultades investigadoras de las Administraciones públicas, de las autoridades supervisoras y de las comisiones parlamentarias de investigación.

La primera consecuencia consiste en la necesidad de abandonar una concepción puramente formal de los requerimientos de información. Tradicionalmente, la licitud del requerimiento se examinaba atendiendo principalmente a la identidad de su destinatario. Si la solicitud se dirigía a un tercero distinto del sujeto investigado, tendía a considerarse ajena al ámbito de protección del principio nemo tenetur. Sin embargo, una vez admitida la categoría de la autoincriminación vicaria, este criterio resulta insuficiente. Lo relevante deja de ser quién recibe el requerimiento para pasar a ser la naturaleza de la información solicitada y la función que esta desempeña dentro del perímetro defensivo de quien soporta el riesgo de una eventual sanción o imputación.

De ello se sigue una segunda consecuencia de extraordinaria importancia: las autoridades públicas no pueden eludir las limitaciones derivadas del derecho de defensa mediante la simple externalización del requerimiento. Si determinada información no podría obtenerse legítimamente de la persona jurídica por su carácter autoincriminatorio, tampoco debería resultar accesible mediante requerimientos formulados a abogados, despachos profesionales o sujetos que actúan funcionalmente en la preparación de la defensa. Admitir la solución contraria equivaldría a reconocer una protección constitucional dependiente de una mera diferencia nominal en la identificación del destinatario del requerimiento, sacrificando la realidad material de la garantía en beneficio de una construcción puramente formal.

Esta conclusión adquiere una especial relevancia en el ámbito de los informes internos, las investigaciones corporativas y los sistemas de *compliance*. En numerosos sectores regulados, las autoridades administrativas han mostrado una tendencia creciente a requerir documentación elaborada durante investigaciones internas o análisis jurídicos de cumplimiento normativo. Sin embargo, cuando tales documentos contienen reconstrucciones de hechos, valoraciones jurídicas, análisis de riesgos o estrategias defensivas, su acceso indiscriminado puede conducir a una utilización desviada de los mecanismos de cumplimiento, convirtiéndolos en instru-

mentos de obtención de prueba para la propia autoridad investigadora. El resultado sería paradójico: cuanto más intensa y rigurosa fuera la actividad de control interno de la organización, mayor sería su exposición al riesgo de autoincriminación.

La autoincriminación vicaria obliga asimismo a reforzar las exigencias de motivación de los requerimientos administrativos. No basta con invocar genéricamente una potestad legal de investigación o supervisión. Cuando el requerimiento incide sobre documentación potencialmente integrada en el espacio defensivo del sujeto investigado, la autoridad debe justificar de manera reforzada tanto la necesidad de la medida como la imposibilidad de obtener la información por medios menos restrictivos. La proporcionalidad deja así de operar como una cláusula genérica de control para convertirse en una exigencia estructural de legitimidad.

Este mismo razonamiento resulta trasladable a la actividad de las comisiones parlamentarias de investigación, que veremos más adelante. Aunque las Cámaras disponen de facultades constitucionalmente reconocidas para recabar información sobre asuntos de interés público, dichas potestades no pueden concebirse como inmunes frente a los límites derivados de los derechos fundamentales. La existencia de una finalidad parlamentaria legítima no autoriza por sí sola la obtención de comunicaciones protegidas por el secreto profesional ni justifica el acceso indiscriminado a materiales incorporados al proceso de defensa de una persona física o jurídica. La función de control político no puede transformarse en una vía indirecta de obtención de elementos que, por su naturaleza, quedarían amparados frente a requerimientos procedentes de otros poderes públicos.

Desde esta perspectiva, la categoría de la autoincriminación vicaria conduce a reconocer la existencia de un doble límite constitucional concurrente sobre las potestades públicas de requerimiento. El primero deriva del secreto profesional, que protege la confidencialidad de las comunicaciones y de la actividad jurídica desarrollada en el marco de la defensa. El segundo procede de la prohibición de autoincriminación, que impide la obtención directa o indirecta de contribuciones potencialmente incriminatorias. Aunque ambos principios poseen fundamentos distintos, convergen sobre una misma finalidad: preservar la efectividad del derecho de defensa frente a formas de investigación que pretendan instrumentalizarlo en beneficio de la acusación.

La consecuencia última de esta construcción es que el control de constitucionalidad de los requerimientos de información debe desarrollarse desde una perspectiva material y no meramente formal. Lo decisivo no será ya la condición subjetiva del destinatario del requerimiento ni la denominación del procedimiento en cuyo seno se formula, sino la función que desempeña la información requerida en la estructura de la defensa y el riesgo de que su

aportación permita al Estado obtener indirectamente aquello que no podría exigir de manera directa.

En definitiva, la teoría de la autoincriminación vicaria conduce a una reformulación de los límites clásicos de las potestades investigadoras. Allí donde el requerimiento permita acceder al resultado de una actividad defensiva desarrollada por abogados, despachos profesionales, investigadores internos o responsables de cumplimiento, las garantías derivadas del artículo 24 CE no pueden considerarse superadas por la mera intervención de un tercero. La autoincriminación no deja de ser autoincriminación porque se produzca a través de una cadena interpuesta. Del mismo modo que el ordenamiento prohíbe exigir a la persona jurídica una colaboración activa en su propia incriminación, tampoco puede admitir que esa misma colaboración sea obtenida mediante quienes constituyen la prolongación funcional de su defensa. Solo desde esta comprensión material de las garantías constitucionales puede preservarse la integridad del derecho de defensa frente a las nuevas formas de investigación características del Estado regulador contemporáneo.

4.8. La colegiación ejerciente como requisito para la protección

Presupuesto *sine qua non* de cuanto antecede es que el abogado de empresa esté colegiado en la categoría de ejerciente. Otra cosa sería una quimera.

El Estatuto General de la Abogacía Española vincula la protección del secreto profesional a la condición de abogado/a[20], lo que a su vez requiere la inscripción como ejerciente en un Colegio de Abogados. Esta exigencia tiene consecuencias prácticas relevantes para los abogados de empresa, pues no todos los licenciados o graduados en Derecho que prestan servicios jurídicos en el seno de una empresa se encuentran colegiados como ejercientes, y eso es toda una problemática subyacente que conviene encarar de frente.

La ausencia de colegiación priva al letrado de empresa de la protección del secreto profesional en su vertiente de derecho-deber reconocido por el ordenamiento, situando sus comunicaciones y dictámenes en una posición de vulnerabilidad frente a los requerimientos administrativos de información. Esta circunstancia plantea la cuestión de si la protección de la confidencialidad de las comunicaciones con el asesor jurídico interno puede fundamentarse en bases jurídicas alternativas al secreto profesional sensu stricto, como el derecho de defensa del artículo 24 de la Constitución o el derecho a la vida privada del artículo 18.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha abordado directamente esta cuestión, si bien de su doctrina general sobre el derecho de de-

20 Entendemos por tal, en sentido técnico-jurídico, no sociológico, el colegiado ejerciente. El no ejerciente no tiene la condición de profesional de la abogacía, por lo que no puede arrogarse tal denominación.

fensa puede inferirse que la protección de las comunicaciones confidenciales con el asesor jurídico constituye una exigencia derivada del propio derecho de defensa, con independencia del estatuto profesional formal del asesor. No obstante, esta interpretación no ha sido expresamente avalada y la cuestión permanece abierta.

V. LA CIRCULAR 1/2026 DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA Y LA TRANSFORMACIÓN DEL PARADIGMA DEL DERECHO DE DEFENSA TRAS LA LODD.

5.1. Los requerimientos y su alcance

Una preocupante —por desnortada— tendencia administrativa ha validado el requerimiento de informes de diligencia debida. Con toda lógica, la reacción de la Abogacía institucional ha sido inmediata y certera.

En respuesta a la Resolución del TEAC de 15 de octubre de 2025, que había admitido determinados requerimientos de la AEAT dirigidos al cliente para obtener *due diligence* elaboradas por abogados, la Circular 1/2026 de la Abogacía Española, relativa a la protección de los documentos elaborados por el profesional de la abogacía y entregados al cliente, sostiene certeramente que el secreto profesional no se limita a las comunicaciones mantenidas entre abogado y cliente, sino que se extiende también a los informes, dictámenes, *due diligence* y demás documentos elaborados en el marco del asesoramiento o la defensa, incluso cuando ya se encuentran en poder del cliente. La Circular parte de que el secreto profesional constituye una garantía del derecho de defensa, la intimidad y la no autoincriminación del cliente, y no un privilegio exclusivo del profesional.

En consecuencia, la mera entrega del documento al cliente no determina la pérdida de su carácter confidencial, pues lo relevante es su origen profesional y su vinculación funcional con la relación de asesoramiento y defensa. Desde esta perspectiva, la Administración no debería poder obtener indirectamente del cliente aquello que no podría exigir directamente al abogado, evitando que un requerimiento dirigido al primero vacíe de contenido el secreto profesional. La Circular distingue, además, entre los datos objetivos que pueden ser objeto de requerimiento por las vías legalmente previstas y el contenido propiamente jurídico —valoraciones, análisis de riesgos, recomendaciones o estrategias de defensa—, que permanece dentro del ámbito protegido.

La Circular defiende, en clara inspiración europea, una concepción material del secreto profesional, centrada en la protección de la relación de confianza abogado-cliente y del derecho de defensa.[21]

21 La Circular constituye una aportación valiosa al fortalecimiento de la protección

La postura sostenida por el TEAC en su Resolución de 15 de octubre de 2025 —según la cual el secreto profesional quedaría neutralizado por el mero hecho de que el requerimiento se dirija formalmente al comprador y no al asesor jurídico— parte de una premisa jurídicamente incorrecta, al identificar el ámbito de protección con la condición subjetiva del destinatario del requerimiento, cuando dicho ámbito viene determinado exclusivamente por el objeto material de la información solicitada y por su conexión con la relación abogado-cliente.

El secreto profesional no protege al profesional en cuanto tal, ni se articula como un privilegio corporativo o procesal, sino que constituye una garantía estructural del derecho fundamental del cliente a la defensa, a la intimidad y a no autoinculparse. En consecuencia, su función no es impedir que la Administración requiera información al abogado, sino evitar que por cualquier vía —directa o indirecta— pueda acceder al contenido confidencial de la relación abogado-cliente, desnaturalizando su núcleo esencial.

Desde esta perspectiva, entendemos que resulta irrelevante que el requerimiento se formule al propio abogado, al contribuyente o a cualquier tercero, si lo que se pretende mediante dicho requerimiento es obtener información que tiene su origen o razón de ser en el asesoramiento jurídico prestado. Admitir lo contrario permitiría una elusión puramente formal del secreto profesional: bastaría con dirigir el requerimiento al cliente para vaciar completamente de contenido una garantía constitucional diseñada, precisamente, para protegerle frente a los poderes públicos.

Con sumo acierto, la Circular parte del art. 16.5.a) LODD, que reconoce la inviolabilidad y el secreto de los documentos y comunicaciones del profesional de la abogacía vinculados al ejercicio de sus funciones de defensa, sin supeditar dicha protección al lugar en que materialmente se encuentre el documento. Esta concepción resulta coherente con los arts. 5.2 CDAE y 22.1 EGAE, que extienden el secreto a los documentos emitidos o remitidos por el abogado. En el ámbito europeo, tanto el *Model Code of Conduct* del CCBE como el art. 5.2 CDAE parten de que la entrega del documento al cliente **no determina la pérdida de su confidencialidad**. En esta misma línea, se recuerda que el TJUE ha señalado en *Ordre des avocats du barreau de Luxembourg* (C-432/23) que el secreto profesional protege necesariamente la consulta jurídica, «tanto respecto de su contenido como de su existen-

---

del secreto profesional en España, aporta argumentos sólidos para evitar que las Administraciones Públicas obtengan indirectamente del cliente información que no podrían exigir directamente al abogado, y refleja adecuadamente la evolución experimentada por nuestro ordenamiento tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa (en adelante, LODD), así como la influencia creciente de la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

cia». Admitir lo contrario debilitaría la función del asesoramiento jurídico, pues podría desincentivar la elaboración y entrega de informes completos al cliente y, con ello, menoscabar la efectividad del derecho de defensa protegido por el art. 5.1 CDAE.

5.2. ¿El cliente puede invocar el secreto profesional? El cambio de paradigma derivado de la LO del Derecho de Defensa: el cliente como **titular**

La respuesta es afirmativa, pero con matices. Compartimos plenamente la observación de la propia Circular en el sentido de que la LODD supone un cambio de paradigma respecto de quién es titular del derecho[22]. Ya lo hemos reseñado líneas atrás, entre otras cosas, *que el hacer titular del secreto*

---

22 Tradicionalmente, el derecho de defensa se ha concebido como el conjunto de facultades de alegación, contradicción y prueba que corresponden a las partes en el proceso. Esta concepción se amplía con la aprobación de la LODD, cuyo artículo 2 define aquel derecho como un conjunto de facultades y garantías destinado a permitir que «todas las personas, físicas y jurídicas» puedan proteger y hacer valer sus derechos, libertades e intereses legítimos.

El art. 3 LODD amplía asimismo el contenido de este derecho, que deja de aparecer circunscrito a la asistencia letrada para incorporar garantías ya reconocidas constitucionalmente en el art. 24 CE, tanto en su vertiente de tutela judicial efectiva como en el conjunto de derechos procesales del apartado segundo, a los que se suma el derecho a la doble instancia penal. Por ello, más que introducir un catálogo sustancialmente novedoso de garantías, la principal aportación de la LODD reside en precisar y ampliar la titularidad del derecho de defensa, reconociéndola expresamente tanto a las personas físicas como a las jurídicas.

No obstante, como hemos enfatizado en nota previa, la sistemática de la ley genera cierta confusión y puede inducir a sostener que la titularidad del secreto compete solo al profesional. El capítulo II regula los derechos y garantías de los titulares del derecho de defensa, mientras que el capítulo III —donde se ubica el artículo 16— se ocupa de las garantías y deberes de los profesionales de la abogacía. La cuestión no es tal, sino que obedece más bien a una mala técnica legislativa, apresurada y poco cuidada en la sistematicidad de la norma, pero que no altera la sustancia sobre la titularidad del derecho, en lectura integral y teleológica de la norma en su conjunto. Esta diferenciación confirma que abogados y justiciables ocupan posiciones jurídicas distintas: los primeros desarrollan una función esencial para hacer efectivo el derecho de defensa, pero **no son titulares del mismo en cuanto profesionales**, titularidad que corresponde a las personas cuyos derechos o intereses se defienden.

En este sentido, la LODD parece aproximar conceptualmente categorías que, aunque estrechamente conectadas en la práctica, no son equivalentes. El **derecho de defensa** corresponde al justiciable, mientras que la **asistencia letrada** constituye uno de los instrumentos fundamentales para su ejercicio efectivo. La regulación conjunta de ambas dimensiones por la LODD responde a una finalidad garantista, pero no debería llevar a confundir la titularidad del derecho con las funciones y deberes que incumben al profesional de la abogacía.

al cliente, es axioma que merece alguna afinación para evitar disonancias: lo más correcto es afirmar que la LODD permite entender que el secreto profesional no protege primariamente un interés propio del abogado, sino el derecho de defensa de la persona asistida. Aunque el deber de secreto y las facultades para preservarlo recaen sobre el profesional, la finalidad última de esta garantía es asegurar un ámbito de confianza indispensable para el ejercicio efectivo de la defensa. Por ello, resulta más preciso afirmar que el cliente es el titular del interés constitucionalmente protegido, mientras que el abogado es el titular de las facultades y deberes necesarios para salvaguardarlo, todo ello en el marco de una garantía institucional al servicio del sistema de justicia.

Reformulado a la luz de la tesis que venimos manteniendo, el axioma afinado sería el siguiente: *La titularidad de las facultades de protección corresponde al abogado; la titularidad del interés constitucionalmente protegido corresponde primordialmente al cliente;* y la función institucional del secreto profesional trasciende a ambos, al constituir una garantía estructural del propio sistema de defensa.

Lo que hasta ahora eran previsiones de carácter corporativo contenidas en el CDAE y en el Estatuto General de la Abogacía Española (en adelante, EGAE), han pasado a constituir una garantía legal de rango orgánico que integra el derecho de defensa.

Este es, precisamente, el argumento que resuelve la tensión identificada anteriormente. La LODD regula la garantía del secreto profesional abogado-cliente de forma amplia, conectándolo con el derecho de defensa ante cualquier autoridad, estableciendo un derecho-deber que ampara tanto al abogado como al cliente en relación con todas las comunicaciones incardinadas en la relación de asesoramiento y defensa. El marco de protección establecido por la LODD es más completo y garantista que la regulación más atomizada contenida en los artículos 18.1 de la Ley 39/2015 y 93.5 de la LGT.

En particular, el artículo 16.5.a) de la LODD declara "la inviolabilidad y el secreto de todos los documentos y comunicaciones del profesional de la abogacía, que estén relacionados con el ejercicio de sus deberes de defensa". Esta protección alcanza a los documentos a los que los abogados tengan acceso en el marco de su desempeño profesional y opera tanto en sede jurisdiccional como administrativa.

La regulación prevista en la LGT debe, por tanto, aplicarse de forma consistente con la LODD, resultando de aplicación en el marco de las relaciones entre la Administración tributaria y los obligados tributarios. Es esta norma orgánica —y no el CDAE— la que proporciona al cliente el fundamento normativo para oponerse a requerimientos administrativos que pretendan acce-

der a documentos amparados por la relación profesional de asesoramiento y defensa.

La protección que dispensa el secreto profesional se fundamenta en la relación de confianza entre el profesional de la abogacía y su cliente, por lo que la facultad de oponerse a la aportación forzosa de documentos amparados por el art. 5 CDAE y el art. 16.5.a) LODD corresponde, en principio, al propio profesional y al cliente para cuya defensa o asesoramiento se elaboraron. Pero ¿necesariamente excluye a terceros que hayan recibido posteriormente una copia del documento? En nuestra perspectiva, no necesariamente. Intentaremos explicarlo en los pasajes y epígrafe que sigue.

La mera recepción de un informe por un tercero ajeno a la relación profesional no le convierte en titular del secreto profesional. Por ello, dicho tercero no podría oponer esta garantía frente a un requerimiento de la Administración tributaria, sin perjuicio de que pueda invocar, en su caso, otros deberes de confidencialidad de origen contractual o las normas relativas a la protección de datos.

Esta distinción resulta especialmente relevante para interpretar la **Resolución del TEAC de 15 de octubre de 2025**, pues la aplicación del secreto profesional dependerá de la condición del destinatario del requerimiento. Si este se dirige al **cliente que encargó el informe**, podrá oponer el secreto profesional con fundamento en los arts. 5 CDAE, 22.1 EGAE y 16.5.a) LODD, en conexión con los arts. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y 8 CEDH. Por el contrario, cuando el requerimiento se dirige a un **tercero ajeno a la relación abogado-cliente** que recibió el informe, este no podrá ampararse en el secreto profesional del abogado que lo elaboró.

Así, en el supuesto analizado por el TEAC, la cuestión determinante consiste en establecer **si el destinatario del requerimiento era efectivamente el cliente del profesional que elaboró el *due diligence* o, por el contrario, un tercero que lo recibió en el marco de la operación**. En el primer caso, la protección derivada del secreto profesional podría legítimamente oponerse al requerimiento administrativo.

5.3. Alcance subjetivo cuando el informe jurídico circula en la operación: terceros funcionales y prohibición de elusión. Hacia una concepción funcional del secreto profesional extensible a toda actividad de asesoramiento jurídico

Aun considerando los indudables aciertos de la Circular del CGAE, sin embargo, sostenemos que hay que ir más allá. El axioma de que la remisión del informe a terceros sitúa a estos fuera del círculo de protección propio del secreto profesional abogado-cliente, puede conllevar resultados disfuncionales en operaciones complejas.

En la práctica extrajudicial, los informes jurídicos y, en particular, los de due diligence, suelen circular entre partes de la transacción (vendedor y comprador) y, en su caso, con financiadores o fedatarios, bajo estrictas obligaciones de confidencialidad y con el exclusivo fin de documentar, valorar o financiar la operación. En estos supuestos, la mera circulación controlada del informe jurídico no debería traducirse automáticamente en la pérdida de toda protección frente a requerimientos coactivos de la Administración, a riesgo de desdibujar la protección del secreto profesional. Varias razones permiten alzar esta postura:

Primero, porque el secreto profesional configura un límite material objetivo que opera *erga omnes* cuando la información requerida incide en el núcleo protegido del asesoramiento jurídico, con independencia del cauce formal utilizado por la autoridad para obtenerla y de quién sea el receptor del requerimiento; admitir lo contrario permitiría el vaciamiento indirecto de la garantía constitucional bastando con dirigirse al tercero receptor para eludirla.

Segundo, porque, aunque el tercero receptor —por no ser parte de la relación profesional— no pueda invocar el Código Deontológico, el cliente afectado sí ostenta interés legítimo para impugnar y solicitar la suspensión del requerimiento dirigido al tercero cuando con él se pretende acceder, por vía indirecta, al contenido protegido del asesoramiento recibido; esta vía de tutela ha sido perfilada por la doctrina procesal y analizada en relación con los requerimientos tributarios.

Tercero, porque incluso en estos escenarios la Administración debe observar una motivación reforzada de la trascendencia tributaria, superar *el test de proporcionalidad* y ponderar el riesgo cierto de autoincriminación, singularmente cuando el informe identifica de forma sistemática contingencias fiscalmente sancionables, lo que excluye requerimientos genéricos o prospectivos y exige una justificación caso por caso.

A la luz de lo anterior, proponemos ir más lejos, no embridando tanto la prudencia, precisando que: (i) la protección no se pierde por la sola circunstancia de que el informe haya sido remitido, bajo deberes de confidencialidad, a sujetos funcionalmente integrados en la operación (p. ej., la contraparte o el financiador) cuando el requerimiento administrativo persigue, en realidad, acceder al asesoramiento del abogado; y (ii) en tales casos, la autoridad no puede eludir el límite material del secreto profesional ni el derecho a no autoincriminarse acudiendo a terceros receptores.

La Circular construye gran parte de su argumentación sobre la idea de que el secreto profesional constituye una garantía instrumental del derecho de defensa. Aunque esta afirmación es correcta, sin duda, quizá resulte insuficiente a la luz de la evolución reciente del Derecho de la Unión Europea.

Las sentencias del TJUE *Orde van Vlaamse Balies* (C-694/20), *Belgian Association of Tax Lawyers* (C-623/22) y *Ordre des avocats du barreau de Luxembourg* (C-432/23) han reconocido que la protección derivada del artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se extiende al asesoramiento jurídico en sentido amplio y no únicamente a actividades estrictamente vinculadas a procedimientos judiciales o administrativos.

Con este enfoque maximalista, puede afirmarse que el secreto profesional protege toda actividad de asesoramiento jurídico desarrollada por un abogado, cualquiera que sea la rama del Derecho concernida y con independencia de la existencia de un procedimiento actual o potencial. Esta precisión es especialmente relevante dado que la propia Circular utiliza como ejemplo los informes de *due diligence*, que pertenecen al ámbito del asesoramiento preventivo y transaccional, no al de la defensa procesal.

Como venimos citando recurrentemente, el artículo 16.5.a) de la LODD, circunscrito a los "deberes de defensa", podría generar incertidumbre respecto de informes de cumplimiento normativo, investigaciones internas, dictámenes preventivos, informes de gobierno corporativo, asesoramiento transaccional y procesos de *due diligence*. Este precepto debe interpretarse de forma sistemática e incluir toda actividad de asesoramiento jurídico profesional protegida por el artículo 7 de la Carta y por la jurisprudencia reciente del TJUE. En otros términos, reforzar la idea de que el secreto profesional constituye una manifestación directa del derecho al respeto de la vida privada y de las comunicaciones reconocido por el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Este enfoque presenta varias ventajas: conecta la protección con el Derecho primario de la Unión; evita interpretaciones excesivamente procesales o defensivas; proporciona un fundamento común aplicable a todas las ramas del Derecho; y se alinea con la jurisprudencia reciente del TJUE que protege la consulta jurídica tanto por su contenido cuanto por su propia existencia.

Resulta necesario formular un último apunte acerca del difícil encaje de los informes de due diligence en el concepto de información con trascendencia tributaria del artículo 93.1 de la LGT.

Efectivamente, los informes de *due diligence* constituyen, por encima de cualquier otra consideración, un juicio profesional valorativo, cuyo contenido depende exclusivamente de la voluntad de las partes y no está regulado en ningún cuerpo legal. No se trata de documentos necesarios o determinantes para la autoliquidación del tributo, ni resultan precisos para la comprobación administrativa. Su requerimiento genérico e indiscriminado, sin motivación específica de su trascendencia tributaria, se aproxima peligrosamente a las denominadas investigaciones prospectivas o *fishing expeditions*, proscritas tanto por el TJUE como por el Tribunal Supremo.

Aplicando *el test de proporcionalidad* consagrado por el Tribunal Constitucional, el requerimiento avalado por el TEAC no supera ninguno de sus tres requisitos: necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

VI. LAS COMISIONES PARLAMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN COMO ESPACIO DE TENSIÓN ENTRE SECRETO PROFESIONAL Y DEBER DE COLABORACIÓN

6.1. El secreto profesional como límite a las facultades de investigación parlamentaria

Las comisiones parlamentarias de investigación constituyen una de las manifestaciones más intensas de las potestades de control de las Cámaras. El artículo 76 CE reconoce su capacidad para recabar información y exigir comparecencias, mientras que la Ley Orgánica 5/1984 establece el deber de comparecer cuando exista requerimiento parlamentario.[23]

Ahora bien, dicho deber no tiene carácter absoluto. El propio artículo 1.2 de la Ley Orgánica 5/1984 dispone expresamente que las Mesas de las Cámaras deberán velar por la salvaguarda del honor, la intimidad, el secreto profesional, la cláusula de conciencia y los demás derechos constitucionales de los comparecientes.

Esta previsión reviste especial importancia. El legislador orgánico no configura las comisiones parlamentarias como espacios ajenos a los derechos fundamentales, sino precisamente como procedimientos sometidos al respeto de aquellas garantías constitucionales que pudieran resultar afectadas por la actividad investigadora. Entre ellas ocupa una posición singular el secreto profesional de la abogacía.[24]

La consecuencia es inmediata: el deber de comparecer y colaborar con una comisión parlamentaria coexiste con la facultad de negarse a revelar aquella información cuyo conocimiento derive de la relación profesional abogado-cliente. Del mismo modo que el compareciente no queda dispensado de acudir a la comisión, tampoco puede ser compelido a vulnerar obligaciones jurídicas superiores que integran el contenido esencial del derecho de defensa.

---

23 La función parlamentaria de investigación, prevista para el Congreso y para el Senado en el art. 76 de la Constitución Española, conlleva la obligación de comparecencia de los ciudadanos ante las correspondientes comisiones (LO 5/1984), y tiene especial protección penal en la vertiente de obstaculización a la investigación (art. 502 Código Penal).

24 Artículo 2 de la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de Investigación del Congreso y del Senado o de ambas Cámaras.

6.2. Equiparación funcional entre comparecencia y requerimiento documental

Aunque la Ley Orgánica 5/1984 regula expresamente la comparecencia personal, las mismas garantías deben proyectarse sobre los requerimientos documentales formulados por las comisiones de investigación.

La razón es sencilla. Tanto la comparecencia como la entrega de documentación persiguen idéntica finalidad: obtener información para el ejercicio de la función investigadora parlamentaria. Desde una perspectiva material, la aportación forzosa de informes, comunicaciones, borradores, actas o documentación de trabajo constituye una modalidad de suministro de información funcionalmente equivalente a la declaración oral.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la obligación de informar aparece implícita en el propio deber de comparecer, y que únicamente desde esa premisa adquieren sentido las limitaciones previstas en el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 5/1984. Si tales salvaguardas operan respecto de las respuestas proporcionadas por el compareciente, resulta difícil sostener que desaparezcan cuando la misma información se solicita en soporte documental.[25]

Por ello, el secreto profesional debe actuar igualmente como límite frente a requerimientos documentales que afecten a informes jurídicos, comunicaciones abogado-cliente, borradores, análisis de riesgos, estrategias de defensa o cualesquiera otros materiales elaborados o conocidos en el ejercicio profesional.

Lo contrario permitiría vaciar de contenido la garantía legal mediante un simple desplazamiento desde la declaración personal hacia la exigencia de documentos.

6.3. El abogado y la sociedad profesional como custodios del secreto

Otra cuestión relevante consiste en determinar si la documentación puede ser entregada cuando quien la custodia es una sociedad mercantil o una organización empresarial a través de la cual se prestan servicios jurídicos.

La respuesta debe ser negativa.

Es cierto que la titularidad inmediata del deber de secreto recae sobre el abogado. Sin embargo, ello no significa que las estructuras societarias utili-

---

25 La STC (Pleno) de 13 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TC:2018:133) conecta expresamente las facultades de las comisiones de investigación con la garantía *del power to send for papers and persons* y sitúa la obligación de comparecer en el artículo 76.2 CE y en el artículo 1.1 de la LO 5/1984, con remisión a la ley para la fijación de las sanciones por incumplimiento, lo que permite sostener que la actividad de la comisión (incluidos requerimientos de información) se desenvuelve en un marco de deberes y límites legalmente configurados.

zadas para organizar la prestación del servicio profesional queden desvinculadas de las obligaciones de confidencialidad.

Las sociedades profesionales y los despachos organizados bajo forma mercantil[26] reciben, conservan y gestionan expedientes, comunicaciones y documentación protegida. Se convierten así en custodios materiales de información amparada por el secreto profesional. En consecuencia, la circunstancia de que

---

26 El art. 1.1 de la Ley 2/2007, de 17 de marzo, de sociedades profesionales disciplina imperativamente que las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deben constituirse como sociedades profesionales en los términos de esta ley. Sin embargo, debe rechazarse la premisa según la cual la transformación o existencia de una sociedad mercantil ordinaria excluiría automáticamente cualquier obligación vinculada al secreto profesional de los abogados que prestan servicios en su seno. En efecto, una cosa es que la sociedad mercantil no sea sujeto activo de responsabilidad deontológica por infracción del secreto profesional —salvo en aquellos supuestos en que ostente la condición de sociedad profesional y quede sometida al correspondiente régimen disciplinario— y otra distinta que carezca de obligaciones de preservación y salvaguarda respecto de la información confidencial obtenida por los profesionales que actúan a través de ella.
La ausencia de responsabilidad deontológica directa no equivale a una situación de ajenidad frente al secreto profesional. La sociedad que sirve de soporte organizativo a la actividad jurídica recibe, archiva, custodia y gestiona documentación protegida por el secreto profesional; administra canales de comunicación con clientes y terceros; y posibilita materialmente la prestación del servicio jurídico. Por ello, aunque el secreto profesional tenga como depositario principal al abogado y encuentre su fundamento último en la protección de la relación de confianza abogado-cliente, la organización a través de la cual dicho servicio se presta no puede quedar desvinculada de los deberes de confidencialidad y custodia inherentes a esa información.
Desde esta perspectiva, el hecho de que una entidad no revista o haya dejado de revestir la forma de sociedad profesional para operar como sociedad mercantil ordinaria no transforma en libremente divulgable la documentación obtenida durante la prestación de servicios jurídicos ni la exime de los deberes de protección que derivan de la propia naturaleza de la información custodiada. Quien organiza la prestación del servicio, conserva los expedientes, centraliza las comunicaciones y mantiene el control sobre la documentación generada con ocasión del asesoramiento jurídico asume necesariamente una posición de garante respecto de la confidencialidad de dichos contenidos.
En consecuencia, la entrega voluntaria a terceros —incluida una comisión parlamentaria— de documentación, comunicaciones, informes o antecedentes obtenidos o elaborados en el marco de una relación de asesoramiento jurídico no puede justificarse en la mera circunstancia de que la entidad que los custodia carezca de la condición de sociedad profesional. Aunque la sociedad mercantil ordinaria no sea, en sentido estricto, sujeto de responsabilidad deontológica por vulneración del secreto profesional, sí se encuentra obligada a respetar y preservar el secreto que ampara la actuación de los abogados integrados en su organización.
Lo contrario supondría admitir que la garantía esencial de confidencialidad que protege al cliente podría quedar vacía de contenido por la sola interposición de una persona jurídica entre éste y el profesional, resultado incompatible con la función institucional del secreto profesional y con su carácter de garantía fundamental del derecho de defensa.

la documentación se encuentre archivada por una persona jurídica no altera la naturaleza de la información ni la transforma en libremente divulgable.

Lo determinante no es quién conserva físicamente los documentos, sino su origen y contenido. Cuando informes, *due diligence*, dictámenes, comunicaciones o estudios han sido elaborados por abogados en el marco de una relación profesional, la protección derivada del secreto debe extenderse a toda la estructura organizativa mediante la que el servicio se presta.

De otro modo, la garantía de confidencialidad quedaría vacía de contenido mediante la simple interposición de una persona jurídica entre el cliente y el profesional.

6.4. Refuerzo derivado de la Ley Orgánica del Derecho de Defensa

La posición jurídica del abogado frente a requerimientos parlamentarios ha resultado notablemente fortalecida tras la aprobación de la Ley Orgánica 5/2024, de Derecho de Defensa.

Dicha norma configura el secreto profesional como una de las garantías esenciales del derecho de defensa y proclama la confidencialidad de todas las comunicaciones entre abogado y cliente. De manera particularmente relevante, reconoce la dispensa de prestar declaración ante cualquier autoridad, instancia o jurisdicción respecto de hechos, documentos o informaciones conocidos como consecuencia del ejercicio profesional.

La referencia legal a «cualquier autoridad» posee evidente trascendencia en el ámbito parlamentario. Las comisiones de investigación son órganos institucionales investidos de autoridad pública y ejercen funciones constitucionalmente relevantes. Por ello, no existe razón suficiente para excluirlas del amplio ámbito subjetivo contemplado por la ley.

Desde esta perspectiva, la negativa del abogado a revelar información protegida deja de aparecer como una prerrogativa corporativa para manifestarse como consecuencia directa de una garantía legal integrada en el propio derecho de defensa.

La protección alcanza hechos, datos, documentos, comunicaciones, estrategias jurídicas, valoraciones técnicas e informaciones obtenidas durante el desempeño profesional, y subsiste incluso después de extinguido el encargo.

6.5. Consecuencias prácticas: deber de comparecer, derecho a no revelar

La existencia de secreto profesional no legitima una negativa absoluta a colaborar con la comisión parlamentaria.

La posición más acorde con el ordenamiento consiste en comparecer cuando exista requerimiento y colaborar en todo aquello que no se encuentre cubierto por la reserva profesional. Sin embargo, cuando las preguntas o requerimientos documentales afecten a informaciones obtenidas en el ejer-

cicio de la abogacía, el compareciente puede y debe oponer el secreto profesional de forma expresa, motivada y proporcionada.[27]

Esta solución preserva simultáneamente la función investigadora de las Cámaras y la integridad del derecho de defensa. Además, evita que el abogado se vea obligado a elegir entre incumplir un requerimiento parlamentario o vulnerar obligaciones de confidencialidad cuya infracción puede generar responsabilidades disciplinarias e incluso otras consecuencias jurídicas.

La cuestión adquiere especial relevancia cuando la información solicitada se refiere a informes jurídicos, comunicaciones con el cliente, documentación de trabajo, estrategias de defensa o materiales elaborados para la prestación del asesoramiento. En tales supuestos, la entrega de la documentación o la revelación de su contenido supone una verdadera comunicación a terceros de información obtenida en el ejercicio profesional y se sitúa, por tanto, dentro del ámbito protegido por el secreto profesional.[28]

En definitiva, las comisiones parlamentarias de investigación no constituyen espacios exentos del derecho de defensa. El artículo 1.2 de la Ley Orgánica 5/1984, interpretado a la luz de la Ley Orgánica 5/2024 y de la función constitucional del secreto profesional, conduce a afirmar que el abogado tiene obligación de comparecer y colaborar, pero no de revelar información

---

27 En consecuencia, si el artículo 1.2 de la LO 5/1984 ordena salvaguardar ante las comisiones de investigación, entre otros derechos, "el secreto profesional", dicha garantía no puede circunscribirse formalistamente al acto de comparecencia física, sino que ha de proyectarse también sobre los requerimientos documentales que constituyen un medio alternativo —pero sustancialmente equiparable— de recabar la misma información: en ambos supuestos el requerido informa a la comisión y queda sometido a los límites constitucionales y legales destinados a preservar el secreto profesional.
Por tanto, cuando una comisión parlamentaria solicita documentos vinculados al asesoramiento jurídico (planes, informes, comunicaciones, borradores o documentación de soporte), el secreto profesional mencionado en el artículo 1.2 de la LO 5/1984 es plenamente predicable de ese requerimiento documental, en cuanto actuación inserta en el mismo ámbito material de obtención de información "para informar" ante la comisión, y opera como límite sustantivo a la entrega y como parámetro de salvaguarda que debe ser respetado en la articulación y atención del requerimiento.

28 La solicitud de documentación cursada por una comisión parlamentaria de investigación debe ser tratada, a los efectos de las garantías y límites previstos en la LO 5/1984, de 24 de mayo, como una manifestación funcionalmente equivalente a la comparecencia personal para informar, pues en ambos casos se persigue la obtención de información por la Cámara en el ejercicio del *power to send for papers and persons*, que nuestro sistema constitucional reconduce a la obligación de comparecer establecida en el artículo 76.2 CE y en el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 5/1984, quedando la determinación de las sanciones por su incumplimiento remitida a la ley.

amparada por el secreto profesional. Este opera como límite constitucionalmente legítimo a la actividad investigadora parlamentaria y como garantía indispensable para evitar que el deber de colaboración se convierta en una forma indirecta de autoincriminación vicaria.

VII. CONCLUSIONES

Primera. El secreto profesional ha dejado de ser una categoría exclusivamente corporativa para integrarse en el núcleo constitucional del derecho de defensa. La Ley Orgánica 5/2024 consolida una evolución largamente anunciada por la jurisprudencia y por el Derecho europeo: la confidencialidad abogado-cliente no constituye un mero deber deontológico del profesional ni una prerrogativa de la Abogacía, sino una garantía institucional imprescindible para el ejercicio efectivo de la defensa. Su protección no responde al interés particular del abogado, sino a la necesidad constitucional de preservar un espacio de confianza indispensable para la justicia.

Segunda. La responsabilidad penal de las personas jurídicas obliga a reinterpretar el alcance del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*. La garantía frente a la autoincriminación no puede quedar confinada a los modelos clásicos construidos para personas físicas. Allí donde la persona jurídica se defiende a través de órganos, representantes, abogados, asesores o estructuras de *compliance*, las exigencias derivadas del derecho de defensa deben proyectarse sobre el conjunto de ese perímetro funcional y no exclusivamente sobre la entidad formalmente investigada.

Tercera. El secreto profesional y el principio *nemo tenetur* son garantías conceptualmente autónomas pero constitucionalmente complementarias. El primero protege la confidencialidad necesaria para el desarrollo de la defensa; el segundo impide que dicha actividad defensiva sea posteriormente instrumentalizada para construir la acusación. No se identifican ni se confunden, pero convergen sobre un mismo objetivo: preservar la libertad defensiva frente a mecanismos de obtención coactiva o indirecta de información potencialmente incriminatoria.

Cuarta. La autoincriminación vicaria constituye una categoría específica que aparece cuando los poderes públicos obtienen información potencialmente incriminatoria mediante requerimientos dirigidos a sujetos que participan funcionalmente en la elaboración, articulación o conservación de la defensa de una persona jurídica. La relevancia constitucional del fenómeno no depende de quién recibe formalmente el requerimiento, sino de la naturaleza del material obtenido y de su vinculación con el espacio defensivo del investigado. La autoincriminación vicaria constituye así una manifestación cualificada de la autoincriminación indirecta.

Quinta. La admisión de la autoincriminación vicaria impone una reinterpretación material de las potestades públicas de requerimiento de información. Administraciones públicas, autoridades supervisoras y comisiones parlamentarias no pueden acceder indirectamente, a través de abogados, despachos, investigadores internos o responsables de cumplimiento normativo, a aquello que no podrían legítimamente exigir de la propia persona jurídica. En consecuencia, todo requerimiento que incida sobre materiales integrados en el perímetro defensivo debe quedar sometido a un control reforzado de necesidad, proporcionalidad y justificación.

Sexta. Las investigaciones parlamentarias constituyen el ámbito en el que el riesgo de autoincriminación vicaria se manifiesta con mayor intensidad. La legítima función de control político no autoriza la obtención de documentación protegida por el secreto profesional ni permite convertir a abogados, asesores o despachos profesionales en canales indirectos de acceso a información defensiva. Una interpretación distinta reduciría el nemo tenetur a una garantía meramente formal, fácilmente eludible mediante el desplazamiento del deber de colaboración hacia terceros vinculados al investigado.

Séptima. La protección constitucional del secreto profesional y de la prohibición de autoincriminación exige abandonar aproximaciones formales y adoptar una perspectiva funcional y material. Allí donde los poderes públicos acceden al resultado de una actividad jurídica desarrollada para la defensa de una persona jurídica, la lesión del secreto profesional puede traducirse simultáneamente en una vulneración del derecho a no autoincriminarse. La autoincriminación no desaparece porque se produzca por delegación; simplemente cambia de vehículo. Y allí donde ello sucede no solo se compromete la posición jurídica de un investigado concreto, sino una de las garantías estructurales sobre las que descansa el Estado de Derecho.

El secreto profesional custodia el silencio necesario para la defensa; el principio *nemo tenetur* impide que ese silencio sea quebrado por la coacción. Juntos delimitan un espacio de libertad que el Estado puede investigar, pero que no puede conquistar. Allí donde esa frontera se desvanece, no solo se debilita una garantía procesal, sino que comienza a resquebrajarse uno de los pilares invisibles sobre los que descansa el Estado de Derecho.

La verdadera fortaleza de una democracia, empero, no se mide por la amplitud de su poder para descubrir la verdad, sino por su capacidad para reconocer los límites que ella misma no debe traspasar. Y entre esos límites, tan discretos como esenciales, permanece el derecho de toda persona física o jurídica a no contribuir a su propia condena y el deber del abogado de guardar el secreto confiado: una frontera silenciosa que no protege privile-

gios, sino libertades; que no ampara sombras, sino la dignidad misma de la defensa y, con ella, la de la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso García, R., (2018) "El derecho a no autoincriminarse y los procedimientos administrativos sancionadores", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 195.

Bachmaier Winter, L./ Stephen C. Thaman, S./Lynn, V. (Eds.) (2020), *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings. A Comparative View,* Springer, Suiza.

Bachmaier Winter, L.; Martínez Santos, A. (dirs.). (2018) Asistencia letrada, confidencialidad abogado-cliente y proceso penal en la sociedad digital. Estudio de Derecho comparado. Marcial Pons.

Banacloche Palao, J. Dilemas de defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas (2018). En La Responsabilidad de las Personas Jurídicas. VVAA. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín. Fiscalía General del Estado.

Del Moral García, A. Responsabilidad penal de personas jurídicas y presunción de inocencia. En Compliance y Responsabilidad de las personas jurídicas. VVAA (2021) (Rodríguez-García, N.; Rodríguez-López, F. (eds.)). Tirant lo Blanch. Valencia.

Gascón Inchausti, F. (2019) Inviolabilidad del domicilio, registros en dependencias de las personas jurídicas y programas de cumplimiento. En Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión; Gómez Colomer, J. L. (dir.). AA.VV. Tirant lo Blanch. Valencia.

Gascón Inchausti, F. (2012) Proceso penal y persona jurídica, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo.

González García, J. M.ª (2022) *El privilegio del abogado en la doctrina constitucional: confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y el cliente y garantías constitucionales para el registro de despachos de abogados*; en *Investigación Penal, Secreto Profesional del Abogado, Empresa y Nuevas Tecnologías. Retos y soluciones jurisprudenciales*, VVAA, Bachmaier Winter, L (coord.). Thomson Reuters Aranzadi.

González-Cuéllar Serrano, N., (2019) "El principio de no autoincriminación en el ámbito de las inspecciones administrativas", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 48.

Neira Pena, A. M.ª (2017) La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas. Tirant lo Blanch.

Neira Pena, A. M.ª (2015) Sherlock Holmes en el centro de trabajo: las investigaciones internas empresariales. Revista Aranzadi Derecho y Proceso Penal n.º 37. Enero-marzo.

Palao Taboada, C., (2019) "El derecho a no autoinculparse en el ámbito tributario: una revisión", *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 183.

Sánchez Stewart, N., (2020) *La profesión de abogado: deontología, valores e identidad*, 3.ª ed., La Ley-Wolters Kluwer, Madrid.

Villamarín López, M.ª L. (2021) Confidencialidad en las Comunicaciones con los Abogados en España. VV. AA. Bachmaier Winter, L y Martínez Santos (dirs). Asistencia letrada, confidencialidad abogado-cliente y proceso penal en la sociedad digital. Estudio de Derecho Comparado. Marcial Pons.

Villegas García, M. A. /Encinar del Pozo, M., (2020) Lucha contra la corrupción, compliance e investigaciones internas. La influencia del Derecho estadounidense, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

Boletín del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (4ª Época)

Nº 3 / Septiembre, 2026
pp. 307–329

Alfredo Liñán Lafuente
Profesor titular de Derecho Penal de la UNED
Abogado

REACCIÓN EMPRESARIAL POSTDELICTIVA Y SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL "CONDICIONADO": DOS VÍAS AÚN POR EXPLORAR EN LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

RESUMEN:

El sistema procesal español no contempla la posibilidad de concretar acuerdos de no enjuiciamiento, o de suspensión del enjuiciamiento a personas jurídicas, sujetos al cumplimiento de determinadas condiciones, tal y como contemplan otras jurisdicciones. La limitación del principio de oportunidad, así como la intervención de otras partes en el proceso (acusación particular, acusación popular) complican el planteamiento de mecanismos semejantes de resolución anticipada de conflictos. En este artículo se plantea la vía del sobreseimiento provisional como una posible solución para obtener de una persona jurídica, en la que en su seno se haya cometido un delito que provoque su responsabilidad, una pronta reparación del daño, restitución del beneficio obtenido, mejora del sistema interno de *compliance* monitorizado y la asunción de medidas restaurativas. Se elabora una propuesta para utilizar el sobreseimiento provisional como un medio de suspensión intraprocesal, condicionado a que la persona jurídica cumpla con una serie de obligaciones a las que se comprometa y con ello compense el defecto de organización preventiva, con una reorganización postdelictual efectiva, que restaure el daño social que se haya podido causar. En esencia, se plantea la reorientación del mecanismo del sobreseimiento provisional, para que, respetando sus límites normativos y finalidad político-criminal, pueda ser una herramienta utilizada para la resolución anticipada de conflictos con las personas jurídicas, sin renunciar a la exigencia de responsabilidad a las empresas en las que se haya cometido un delito derivado de un defecto de organización preventiva.

Palabras clave:

Sobreseimiento provisional, condición, suspensión, *compliance*, reacción empresarial postdelictiva.

ABSTRACT:

The Spanish procedural system does not provide for entering into non-prosecution or deferred prosecution agreements with legal entities, subject to the fulfillment of certain conditions, as is the case in other jurisdictions. The limitations of the principle of prosecutorial discretion, as well as the involvement of other parties in the proceedings (private indictment, public indictment), complicate the development of similar mechanisms for early dispute resolution. This article proposes provisional dismissal as a possible solution

to obtain from a legal entity—within which a crime has been committed that gives rise to its liability—prompt reparation for the harm caused, restitution of the benefit obtained, improvement of its monitored internal *compliance* system, and the implementation of restorative measures. A proposal is developed to use provisional dismissal as a means of intra-procedural suspension, conditional on the legal entity complying with a series of obligations to which it commits, thereby compensating for the preventive organizational deficiency through an effective post-offense reorganization that restores any social harm that may have been caused. In summary, this paper proposes a reorientation of the provisional dismissal mechanism, which—while respecting its legal limits and criminal policy objectives—can be a very useful tool for the early resolution of disputes involving legal entities, without waiving the requirement to hold companies accountable if they have facilitated the commission of a crime within their organization due to a failure in preventive organizational measures.

Keywords:

Provisional dismissal, condition, suspension, compliance, post-crime corporate reaction.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN; 2. LA REACCIÓN EMPRESARIAL TRAS EL DELITO: EL ENVÉS DEL COMPLIANCE PENAL PREVENTIVO; 3. EL SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL "CONDICIONADO"; 4.PROBLEMAS PRÁCTICOS AL PLANTEAMIENTO Y POSIBLES SOLUCIONES.

1. INTRODUCCIÓN[1]

En una empresa se detecta, a través del canal interno, que se ha cometido un delito por parte de un directivo. Se realiza una investigación interna y se constata que el indicio comunicado a través del sistema de información era cierto. Existen evidencias suficientes. El delito que se ha llevado a cabo provoca la responsabilidad penal de la persona jurídica y ha sido cometido con la finalidad de que la empresa obtenga un beneficio. La empresa tenía implantado un plan de prevención de delitos, pero este parece que ha fallado, pues no existían controles de las actividades realizadas por el directivo relacionadas con el delito. El responsable de cumplimiento normativo informa al consejo de administración y este se plantea cómo afrontar el problema.

Un asesor jurídico informa al consejo que, según el artículo 9j) de la Ley 2/2023 de protección del informante, el procedimiento interno incorpora la obligación de remitir al Ministerio Fiscal, con carácter inmediato, la información recibida a través del canal interno cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito.

Un miembro del consejo de administración se pregunta si remitir la denuncia y la información al ministerio fiscal no equivaldría a autoincriminar

1 Este texto se enmarca en el Proyecto de Investigación "Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad", ref. PHS-2024/PH-HUM-65 (4Trust-CM) financiado por la Comunidad de Madrid.

a la empresa y se opone. Es partidario de despedir al directivo y no comunicarlo a las autoridades. Otro miembro del consejo de administración plantea la posibilidad de acudir al Ministerio Fiscal y proponerle una colaboración para la investigación, reparación del daño causado (en caso que lo hubiese), mejorar su sistema interno de *compliance* para evitar que ello vuelva a suceder en un futuro, e incluso pagar una cantidad como multa o como otro concepto, si con ello consiguen que el procedimiento, o no se inicie contra la empresa, o una vez iniciado se sobresea respecto de la persona jurídica. Pero para actuar así necesitan tener la seguridad de que el Ministerio Fiscal, o no solicitará la imputación de la persona jurídica, o apoyará el sobreseimiento. Pregunta si existe algún mecanismo procesal que asegure que si la empresa actúa de la manera propuesta, no será acusada en el procedimiento penal.

El asesor jurídico le contesta que actualmente, no existe una vía que asegure que la autodenuncia y la colaboración les garanticen que no se acusará a la empresa. Comenta que en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, sí se plantea la posibilidad de que los fiscales soliciten la exención de pena de la persona jurídica en esos casos, pero ello no evita que la empresa pueda ser sometida a un largo proceso de instrucción y no existe la seguridad de que el fiscal solicite la exención de pena[2]. Además, explica que existen otros actores en el proceso penal —acusación particular y acusación popular— que pueden sustentar sus pretensiones con independencia del criterio de la fiscalía. Finalmente, el consejo de administración decide no denunciar, ni colaborar con la investigación y confiar en que el delito no se descubra.

Es un supuesto imaginario, pero no por ello irreal. Cualquiera que haya trabajado en el ámbito penal y haya asesorado a empresas ante situaciones críticas, conoce que, la decisión final, oscila entre colaborar con la justicia o no hacerlo. En medir los riesgos de autodenunciarse o encubrir, en decidir si es preferible confiar en que el delito no se descubra a que sea descubierto por la empresa, en valorar si las atenuantes que se podrían aplicar a la persona jurídica que se autodenuncia y colabora, son lo suficientemente atractivas (valoración cuantitativa de la rebaja de la multa) para dar el paso de la colaboración.

Quizás tenga la culpa la orientación, casi exclusivamente preventiva, que el artículo 31.bis 2 y 4 CP otorga a los programas de supervisión y control

---

2 Circular FGE 1/2016, *sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015*. En concreto, ver, conclusión 19.6.º, página 64: «*Los Sres. Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la validez del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo.*» En sentido similar, ver página 55 de la Circular.

(*compliance* penal), o que el sistema procesal español carezca aún de mecanismos para fomentar la colaboración con la justicia que conlleven a una pronta resolución del conflicto con la empresa, a pesar de que esta repare el daño, mejore su sistema interno y pague una compensación. Y quizás sea necesario llevar a cabo una reformulación del modelo que apueste por medidas restaurativas corporativas, pero hasta que ese día llegue, hay que plantearse si con los mecanismos que actualmente existen se podrían habilitar vías para favorecer la colaboración de la empresa en el descubrimiento del delito corporativo, ofreciendo una vía que razonablemente le asegure el apartamiento del proceso penal si cumple determinadas condiciones previamente pactadas con la fiscalía.

Hay dos herramientas que, con un reenfoque que respete los límites normativos, podrían servir para ello. Me refiero a la valoración de la reacción empresarial para evaluar la eficacia del modelo de supervisión y control ante el delito (*compliance* penal), y a la utilización del sobreseimiento provisional "condicionado" para premiar la reacción, la colaboración y la mejora de una empresa que detecta la comisión de un delito en su seno, pero con la condición de que efectivamente la empresa cumpla esos compromisos. Veamos.

2. LA REACCIÓN EMPRESARIAL TRAS EL DELITO: EL ENVÉS DEL COMPLIANCE PENAL PREVENTIVO

La valoración de las medidas de supervisión y control de riesgos penales se orienta, en el artículo 31. bis 2 y 4 CP, a la prevención. Así, los modelos de organización y gestión deben incluir medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza (del que ha sido cometido) o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. El modelo adoptado por el legislador español, inspirado en la regulación del Decreto italiano 231[3], opta por premiar la adopción *ex ante* de sistemas eficaces para la prevención de riesgos penales que, si no los evitan, al menos sirvan para disminuir "de manera significativa" el riesgo de su comisión.

Realmente, el segundo escenario es el que sucede en la práctica, pues obviamente si el sistema ha sido eficaz para prevenir, y evitar delitos, estos no han llegado a ser cometidos. Nos interesa, por lo tanto, el segundo supuesto. El delito ha sido cometido, pero existía un modelo de *compliance ex ante* que, según la empresa, ha reducido de forma significativa el riesgo de su comisión y, desde la perspectiva de la acusación, no lo ha conseguido. El juez, en el centro del debate, es quien deberá valorar, situándose en un momento

3 Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231**.** Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300.

anterior a la comisión del delito, si realmente las medidas fueron eficaces para reducir "significativamente" el riesgo de su comisión.

La reacción de la empresa ante el delito, el qué hacer y cómo hacerlo el día después, se valora por medio de las atenuantes específicas del artículo 31. quater CP. Las cuatro circunstancias contemplan la atenuación de la pena en función de cómo la empresa reacciona frente al delito. El propio artículo 31. quater CP advierte que las atenuantes se aplicarán, en caso de haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito, determinadas actuaciones.

Si ha confesado voluntariamente la comisión del delito se le aplicará la primera atenuante (art. 31.quater. a)); si ha colaborado con la investigación aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos, le será de aplicación la segunda (art. 31, quater. b)); si ha reparado el daño, antes del inicio del juicio oral, se le aplicará la tercera (art. 31, quater, c)); si antes del comienzo del juicio oral ha mejorado su sistema interno de *compliance* para la prevención de delitos, concurrirá la cuarta atenuante (art. 31.quater, d)).

Por lo tanto, el sistema español sí valora la reacción frente al delito, pero no como un medio que en sí mismo pueda eximir de la responsabilidad penal a la persona jurídica, sino atenuarla. No obstante, y teniendo en cuenta que la pena que habitualmente se impone a la empresa es la de multa (y en algunos casos concretos inhabilitaciones), las atenuantes tienen básicamente un efecto cuantitativo, más que cualitativo. Ello difiere, y mucho, de la situación de una persona física que se enfrenta a penas de prisión, y donde la concurrencia de alguna atenuante puede determinar su efectiva entrada o no en prisión para cumplir la condena de pena privativa de libertad.

Al ser una valoración cuantitativa, la decisión se fundamenta en una evaluación de coste y beneficio. ¿Cuánto me pueden atenuar la multa si autodenuncio a la empresa? ¿Esa rebaja es lo suficientemente atractiva para convencer a una empresa de dar ese paso, siendo consciente de que el coste económico y estratégico de verse imputada tendrá unas consecuencias mucho mayores en las compañías multinacionales? Hay que tener en cuenta que la imputación de una empresa y su mantenimiento durante años en una instrucción con esa calidad, cierran oportunidades de negocio en determinados países precisamente por la condición procesal de la empresa. Por ello, en muchos casos, la rebaja de la cuantía de la multa no será lo que anime a la empresa a denunciar los hechos delictivos y colaborar con la investigación.

Ante esta tesitura, parte de la doctrina ha planteado que en el supuesto de la concurrencia de las cuatro atenuantes reparadoras, unidas a la existencia de un modelo de *compliance ex ante* que contenga defectos o fallos

estructurales y, por lo tanto, se considere no idóneo para reducir el riesgo de comisión de un delito, debe provocar la exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica[4], o la anulación de su pena[5] por la inexistencia sobrevenida de la necesidad de castigar[6].

La propia Circular de la FGE 1/2016, otorga un valor preponderante a la detección de los delitos por parte de la empresa, pues aunque no se encuentre expresamente incluido entre los requisitos que han de cumplir los modelos de organización y gestión (art. 31. bis. 5 CP), forma parte de su contenido esencial. De hecho, la Circular lanza esta acertada idea a los fiscales[7]: «*Teniendo en cuenta que cualquier programa de prevención, por eficaz que sea, soportará un cierto riesgo residual de comisión de delitos, la capacidad de detección de los incumplimientos lucirá como un elemento sustancial de la validez del modelo. En consecuencia, los Sres. Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la eficacia del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo*».

Básicamente, lo que plantea la Circular de la FGE es dotarse de un mecanismo teleológico —extra normativo, pues no tiene apoyo en la letra del Código Penal— que valore no solo la prevención, sino también la reacción empresarial, lo que supondría un acercamiento del sistema español a las propuestas doctrinales que propugnan la importancia de la valoración de la reacción empresarial frente al fallo corporativo reactivo[8]. Desde este punto de vista, el foco en la eficacia del modelo de cumplimiento se ha de poner en

---

4 RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-CHAVES, F. *La conducta post delictual de la persona jurídica como causa de exclusión de la responsabilidad penal.* Madrid, Aranzadi, 2024, p.381. La autora plantea interesantes propuestas de *lege ferenda* y concluye: «*Se plantea, en conclusión, la aplicación de la exención de la pena de las personas jurídicas que colaboren con la justicia, que se comprometen con la prevención y persecución de posibles delitos que se cometan en su seno y que estén dispuestas a reparar los daños de los delitos que ya se han cometido, siendo todo ello un claro ejemplo que justifica la aplicación de la exención de la pena.*»

5 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en BAJO FERNÁNDEZ, M; FEIJOO SÁNCHEZ, B; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2.ª ed, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Civitas, 2016, pp. 221–244 (p.224). El citado autor plantea que en caso de concurrir las cuatro atenuantes, la pena imponer resulta sustancialmente reducida —*incluso debería ser prácticamente anulada* ...—.

6 *Vid.* GOENA VIVES, B. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica.* Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 250.

7 Circular FGE 1/2016. P. 53.

8 Sobre ello, véase la obra seminal de FISSE, B & BRAITHWAITE, J. *Corporations, Crime and Accountability.* New York, Cambridge University Press,1993.

un prisma bifronte: ¿Qué medidas se adoptaron para prevenir la comisión del delito? ¿Qué medidas reactivas se tomaron una vez que se conoció que se había cometido el delito corporativo[9]?

El modelo preventivo se complementa con el reactivo para valorar en conjunto el delito corporativo y la eficacia del modelo. Esta interpretación, que me parece acertada, tiene que ser aplicada en determinados casos y en su justa medida, pues si no se corre el riesgo de que puede llegar al punto de fagocitar la prevención para valorar únicamente la reacción. Y ello generaría un problema nuclear, pues no se puede olvidar que si bien la empresa puede autodenunciarse y colaborar con la investigación judicial, no está obligada a ello. Le ampara, del mismo modo que a la persona física, el artículo 24.2 CE y el derecho a no autoincriminarse[10]. Y si ello es un derecho fundamental, el ejercicio de este no puede ser valorado de manera negativa para dinamitar su modelo de cumplimiento.

Por otro lado, si la adecuada reacción empresarial, por sí misma, tuviese un efecto exoneratorio, se perdería toda la función de prevención previa al delito, pues la empresa no tendría ningún incentivo para adoptarla[11]. Por ello, lo que se propone es el complemento de ambos modelos en determinados casos. Nos podremos encontrar con distintas situaciones. Veamos:

1. La empresa ha implantado, antes de la comisión del delito, un plan de prevención de riesgos penales robusto e idóneo, que ha disminuido significativamente el riesgo de comisión del delito. En esos casos, la solución dependerá de quién haya cometido el delito:

---

9 Utilizo el término delito corporativo en el sentido aplicado en la STS 212/2016, de 16 de marzo, como un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a la persona jurídica que ha facilitado la comisión de un delito por parte de la persona física.

10 Sobre ello, *vid.* LIÑÁN LAFUENTE, A. *La Ley 2/2023, de protección del informante, vs. el derecho a la no auto incriminación de la persona jurídica.* La Ley Penal, n.º.162, 2023.

11 En Italia se constituyó, mediante Decreto de 7 de febrero de 2024, el *"Tavolo tecnico per la revisione della disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche"*. Esta comisión estuvo formada por expertos juristas procedentes del mundo académico, la magistratura y la abogacía. Su misión era definir una perspectiva concreta de reforma del Decreto Legislativo n.º.231, de 8 de junio de 2001, con el fin de superar sus puntos críticos. Esta comisión emitió su informe final y propuesta de reforma en noviembre de 2005 (en adelante, Informe del *Tavolo tecnico*). En su informe se propone un modelo complementario entre la prevención y la reacción, incorporando un nuevo sistema de suspensión del proceso para la persona jurídica si concurren determinadas condiciones (pp. 22 a 27). Informe se encuentra accesible en la siguiente dirección: https://www.sistemapenale.it/it/documenti/verso-una-revisione-della-231-la-relazione-conclusiva-e-la-proposta-di-articolato-elaborate-dal-tavolo-tecnico-istituito-presso-il-ministero-della-giustizia-coordinatore-giorgio-fidelbo.

a) Si es un empleado (supuesto del artículo 31.bis.1.b CP), por aplicación del artículo 31. bis. 4 CP, la persona jurídica debería quedar exenta de responsabilidad penal, sin tener que valorarse otros factores.

b) Si el delito lo ha cometido un administrador o un alto directivo —un apical, utilizando la terminología italiana— (supuesto del artículo 31.bis.1 a. CP)[12], la idoneidad del modelo solo es uno de los criterios que se habrá de valorar para aplicar la exención de responsabilidad penal a la empresa, pues junto a este, el artículo 31. bis.2 CP incluye otros tres criterios a evaluar, entre los cuales se encuentra el de la necesidad de que el autor haya eludido fraudulentamente los controles.

2. La empresa ha implantado, antes de la comisión del delito, un plan de prevención de riesgos en el que se han detectado fallos estructurales o de implantación y seguimiento, que abocan a que el programa de *compliance* penal no vaya a ser, por sí mismo, suficiente para que se aplique la exención de responsabilidad penal.

Salvo en el supuesto 1.a), que procedería en principio la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica sin tener que valorarse su reacción, en los demás casos resultará un factor determinante para "compensar" el modelo preventivo, las actuaciones *ex post delicto* que haya llevado a cabo la persona jurídica.

La eficacia del modelo de cumplimiento, a la hora de realizar una valoración integral, abarcará aquí tanto el sistema de prevención, como la reacción ante el delito seguido por la persona jurídica, donde se habrá de valorar no solo la colaboración y la reparación del daño causado (en caso de proceder), sino también las medidas internas adoptadas para mejorar un sistema de prevención de delitos que se ha manifestado como insuficiente. Pero esa valoración debe, en mi opinión, trascender a la mera atenuación penal para poder llegar, en determinados casos, a la exención de responsabilidad penal en fase de instrucción, siempre que concurran determinados requisitos. Tal

---

12 Resulta muy interesante el estudio empírico realizado por ORTÍZ DE URBINA, TURIENZO FERNÁNDEZ y MARTÍN MUÑOZ, que demuestra que en la mayoría de los casos que han sido enjuiciados y han llegado al Tribunal Supremo o a las Audiencias Provinciales, el autor que ha cometido el delito que provoca la responsabilidad de la persona jurídica es un administrador/directivo. Sobre ello, *vid*. MARTÍN MUÑOZ, J; TURIENZO FERNÁNDEZ, A; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. *Un asunto nada menor: análisis sistemático de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ante las audiencias provinciales*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2026, n.º 34; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I; MARTÍN MUÑOZ, J; TURIENZO FERNÁNDEZ, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas ante el Tribunal Supremo: Un análisis sistemático*. Revista de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica y Compliance, 2024, vol. 5.

y como propugna NIETO MARTÍN[13]: «*Al igual que ex ante las empresas están obligadas a desarrollar medidas de seguridad apropiadas, ex post, tras el comportamiento típico individual, deben reforzar su compromiso y dar muestras de una reestructuración rápida en el sentido exigido por el ordenamiento. Un comportamiento postdelictivo adecuado y rápido, pone de manifiesto que el delito ha sido un suceso puntual, y que existía una cultura corporativa, manifestada en medidas de organización concretas, contrarias al mismo. Estas actuaciones posteriores deben servir para atenuar la culpabilidad e incluso excluirla*».

En esta línea interpretativa surge la interesante tesis de la autorregulación reactiva regulada como política criminal en el contexto de la criminalidad empresarial. Tal y como plantea PAZMIÑO RUIZ, la faceta reactiva se introduce como complemento a la autorregulación preventiva, que desemboca en un programa integral de cumplimiento[14].

La clave de bóveda de este sistema reside en poder dotar a la reacción empresarial frente al delito, de una vía negociada en el procedimiento penal que anime a las empresas a tomar este camino, sin renunciar a la imposición de un tipo de responsabilidad corporativa, que sea aceptada y ejecutada por la empresa. Pero nos encontramos con el obstáculo de que en el sistema procesal español, no se prevé[15], sobreseer y archivar una causa por motivos de oportunidad[16].

Por ello, al confrontar la propuesta con el sistema procesal penal nacional, se puede concluir que no existe una vía similar a los acuerdos suspensivos negociados que existen en EE.UU, Inglaterra, Austria o Francia, que puedan servir para que una empresa acuerde con el Ministerio Fiscal el pago de una multa, medidas reparadoras del daño y medidas de mejora del sistema interno de *compliance,* para que el procedimiento penal quede suspendido, a prueba de cumplimiento, respecto de un tiempo determinado.

---

13 NIETO MARTÍN, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo.* Madrid, Iustel, 2008, p. 154.; En sentido similar, pero fundamentado en el concepto de responsabilidad estructural de la empresa, *vid.* CIGÜELA SOLA, J. *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal. Crítica y propuesta de una Responsabilidad Estructural de la empresa.* Madrid, Marcial Pons, 2015, pp.351 y 337. El autor defiende que si el compliance no ha conseguido evitar un delito, pero sí detectarlo o evitar la difuminación del beneficio obtenido por el mismo en su propio patrimonio, en esos casos la empresa no responderá en ningún caso;

14 PAZMIÑO RUIZ, J. R. *¿Encubrimiento corporativo o compliance de reacción? La respuesta organizativa ante el delito como modelo de responsabilidad empresarial.* Las Rozas, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 213–253.

15 Salvo en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que no se encuentra relacionada por el objeto con el presente estudio.

16 *Vid.* VILLAMARÍN LÓPEZ, M.ª L. *El sobreseimiento provisional en el proceso penal.* Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, p. 179.

Esta posibilidad, hasta el momento, tampoco existe en el modelo procesal italiano respecto de la responsabilidad del ente. No obstante, su sistema actual se encuentra en revisión y ha sido creada una comisión de expertos —la *Tavola tecnica*— que recientemente ha hecho público un informe y una propuesta de modificación del Decreto 231[17]. En dicho informe, la *Tavola tecnica,* propone incluir una vía para dar cabida a la suspensión procesal, a prueba, del procesamiento de una persona jurídica investigada en un procedimiento por la comisión de delitos en su seno y en donde sea de aplicación el régimen del Decreto 231.

En su informe, se explica que se ha constatado la dificultad para que el modelo organizativo *ante factum* cumpla su función de exención de responsabilidad para las empresas en la práctica, por lo que se considera oportuno plantear un sistema de incentivos con el objetivo de potenciar la prevención de delitos e incentivar a las entidades a dotarse de modelos organizativos eficaces[18]. Tal y como lo expone MONGILLO, en el diseño que propone el informe, «*... la nueva disciplina no premia al ente que descubre las virtudes de correctas estructuras de compliance sólo después del inicio de un procedimiento sancionador. Presupone que la organización ya se hubiera dotado de un modelo ante delictum, aunque no plenamente idóneo o completo. Si el ente había ya emprendido un auténtico recorrido de prevención, el ordenamiento le permite corregir las carencias "menores" salidas a la luz, reforzar los presidios organizativos, eliminar las consecuencias dañosas o peligrosas del delito, resarcir el daño y poner a disposición de la autoridad el beneficio obtenido.*[19]»

En la propuesta de reforma del Decreto 231, se incluye un nuevo apartado 8 bis, titulado ""*Estinzione dell'illecito amministrativo"* que propone una revitalización del modelo *post factum*, atribuyéndole en determinados casos el efecto de excluir la responsabilidad del ente si se cumplen determinados requisitos. Básicamente, se propone incluir un sistema de acuerdos procesales con las personas jurídicas, pero con determinadas características propias del sistema italiano. El supuesto de hecho consiste en el procesamiento de una persona jurídica por la comisión de un delito en su seno y en su beneficio. En estos casos, se puede solicitar la suspensión del procesamiento si se cumplen los siguientes requisitos:

---

17 NIETO MARTÍN resume, explica y valora el informe en su interesante publicación realizada en el blog Almacén de Derecho, titulada *¿El futuro que seremos? (I): La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Italia.* Accesible en, https://almacendederecho.org/el-futuro-que-seremos-i-la-reforma-de-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-en-italia

18 Informe del *Tavolo tecnico.* op.cit. p. 24.

19 MONGILLO, V. *D.Lgs. n. 231/2001 and its enemies. Per un rilancio organico della responsabilità da reato degli enti.* Diritto penale e processo, 6/2026, (pp. 705 a 711), p. 708. T.p.

- El primero es que solo se aplicará a las personas jurídicas que hubiesen implantado un modelo de prevención de delitos, con anterioridad a la comisión del hecho. Ello incentiva la adopción de modelos de *compliance ex ante,* pues solo la empresa que ya lo tuviera implantado podrá instar el acuerdo procesal.
- La empresa, tras la conclusión de la investigación preliminar, puede solicitar al juez, en el plazo de 90 días, un periodo para subsanar las deficiencias del modelo detectadas por el fiscal, que hayan determinado o facilitado el delito. La solicitud, que deberá ser comunicada al fiscal, debe contener una propuesta de reorganización del modelo, así como la propuesta de indemnización de daños y perjuicios, y la entrega del beneficio eventualmente obtenido por la comisión del delito.
- Tras la presentación de la propuesta, el juez celebra una vista contradictoria para evaluar la idoneidad de la proposición de reorganización, y en su caso, incluir medidas adicionales destinadas a subsanar las deficiencias del modelo (pudiendo nombrarse a un perito, si el juez lo estima oportuno).
- Si el juez aprueba la solicitud, acuerda mediante auto la suspensión del procedimiento frente a la persona jurídica, y fija un plazo en el que se habrán de implantar las mejoras del modelo de *compliance* y cumplirse las medidas reparadoras.
- Si en el plazo acordado, se cumplen todas las condiciones impuestas, el juez, tras la celebración de una vista con el fiscal y las demás partes, declarará mediante sentencia la extinción de la infracción administrativa de la entidad, ordenando el decomiso del beneficio obtenido. En caso de incumplimiento de las medidas acordadas, la suspensión se revocará y el procedimiento continuará contra la persona jurídica.

Con esta propuesta de reforma, Italia pretende incluir en su sistema un tipo de acuerdos procesales que valoren tanto la prevención como la reacción, y premie a la empresa que, detectado un fallo organizativo, mejore su modelo interno y repare el daño causado. El sistema propuesto tiene una particularidad relevante, no exige la delación y la colaboración como requisito para acceder a la suspensión y extinción de la responsabilidad, solo la reorganización adecuada. Esta particularidad se debe a que Italia ha tenido experiencias nefastas con las delaciones en los procedimientos antimafia. En el país de los *pentiti,* recuerda NIETO MARTÍN, conocen bien las consecuencias negativas que para los derechos fundamentales de los acusados tienen estos comportamientos[20].

20 NIETO MARTÍN, A. *¿El futuro que seremos?*...op.cit.

En España, y en el momento político actual, aún estamos lejos de plantear una reforma del sistema procesal consensuada que pudiera incluir acuerdos con las personas jurídicas con características similares a las expuestas. Pero existe una vía aún por explorar, que en mi opinión podría servir para canalizar este tipo de acuerdos, adaptados al sistema procesal español, respetando el encaje normativo que tiene la figura. Me refiero al sobreseimiento provisional.

3. EL SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL "CONDICIONADO"

El proceso penal cuenta con la institución del sobreseimiento provisional (art. 641 LECRim), que se activa en determinados supuestos y conlleva la suspensión del procedimiento respecto de un sujeto determinado. Este podrá reabrirse en un futuro, si la obtención de nuevos datos pusiera de manifiesto otros indicios delictivos inexistentes al momento de dictarse el sobreseimiento[21].

Los motivos por los que puede acordarse el sobreseimiento provisional son dos. Por insuficiencia objetiva, al no resultar debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa (art. 641.1 LECrim); o por insuficiencia subjetiva[22], cuando a pesar de que en el sumario existan indicios de haberse cometido un delito, no haya motivos suficientes para acusar a determinada persona como autor, cómplice o encubridor (art. 641. 2 LECrim).

En cualquier momento de la instrucción o durante la fase intermedia (en el procedimiento abreviado), cualquier parte puede solicitar el sobreseimiento provisional. Lo habitual es que lo haga la defensa, pero el Ministerio Fiscal, cuando lo interesa en determinadas ocasiones, lo suele hacer en la fase intermedia, una vez concluida la instrucción. Las acusaciones particulares y populares también pueden solicitarlo, aunque, por su posición y finalidad procesal, no es habitual que esto ocurra.

Nos centraremos en la fase de instrucción, pues, retomando el supuesto del que se partía, lo que les interesa a las empresas es poder ser desimputadas lo más pronto posible. En esta fase, el juez de instrucción no se encuentra vinculado por la petición de las partes para dictar auto de sobreseimiento, y aunque estas lo soliciten, si considera que existen motivos o méritos para continuar con la investigación sobre determinados sujetos, los mantendrá como investigados.

---

21 *Vid*. GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal.* Civitas Thomson Aranzadi, Madrid, 3.ª ed, 2019, p. 773.

22 Los términos insuficiencia objetiva y subjetiva los inaugura y utiliza, con gran acierto, VILLAMARIN LÓPEZ en su obra. *Vid.* VILLAMARÍN LÓPEZ, M.ª L. *El sobreseimiento provisional*...op.cit. pp. 187–194.

El dilema del que partíamos era el siguiente: la empresa no encuentra incentivos suficientes, ni seguridad jurídica del resultado, para colaborar con la investigación penal de los delitos que se hayan cometido en su seno y por su personal, incluso si previamente había implantado un programa de *compliance* penal preventivo. Y esa incertidumbre le lleva a adoptar posiciones defensivas, legítimas, de su propia responsabilidad y a complicar el esclarecimiento de los hechos en su organización interna.

La vía que se propone, para habilitar un cauce que otorgue la posibilidad a las empresas que quieren colaborar, reparar el daño, devolver el beneficio que hubieran obtenido y mejorar de manera seria y constatable su sistema de *compliance* interno, es utilizar de manera pactada con el Ministerio Fiscal el sobreseimiento provisional[23], condicionado a que se cumplan determinadas obligaciones que entre ambas partes se acuerden, y que demostrarían que el sistema de *compliance*, de organización y gestión, es efectivo al articularse de un modo integral, tanto en la prevención del delito (aunque en esta fase se hayan detectado fallos, que pueden ser corregidos), como en la reacción frente a él.

Se puede partir de dos situaciones hipotéticas, en donde la persona jurídica tendrá que tomar la decisión de adoptar una posición de confrontación defensiva, o de colaboración facilitadora a la administración de justicia. En ambas situaciones se parte, como condición previa, de que la persona jurídica haya adoptado, antes de la comisión del delito, un modelo de *compliance* penal.

1.º Una empresa detecta que se ha cometido un delito corporativo en su seno y aún no se han iniciado, ni las diligencias de investigación preprocesales de la fiscalía, ni un procedimiento penal que se dirija contra la persona jurídica.

2.º Tras la comisión de un delito corporativo, se inicia un procedimiento penal que se dirige, entre otros, contra la persona jurídica.

---

23 GOENA VIVES ya desarrolló una interesantísima propuesta, de "lege lata", para la utilización del sobreseimiento provisional en el supuesto en que la persona jurídica hubiese cumplido con las cuatro atenuantes. Desarrolla esta autora su sugerente propuesta, partiendo de que en esos supuestos existe una pérdida del interés en el enjuiciamiento de la persona jurídica, no solo por la pérdida del interés social (respuesta post-ejecutiva en su dimensión comunicativa), sino también por la pérdida de interés procesal (agilización del procedimiento y disminución de costes). *Vid*. GOENA VIVES, B. *Responsabilidad penal*...op. cit. pp. 244 y ss. De hecho, lo plantea como una solución alternativa de conflictos —algo que coincide con el espíritu del presente artículo— del modo siguiente: «*En concreto, dentro de las figuras que regulan el sobreseimiento, considero que la respuesta post-ejecutiva entendida como solución alternativa del conflicto encaja en el sobreseimiento provisional del art. 641 LECrim (al menos hasta que no haya una regulación específica e idónea)*».

La vía que se propone, tanto en un caso como en otro, se compondría de 5 hitos que se exponen de manera genérica a continuación:

1.º El abogado designado por la persona jurídica entra en contacto con la fiscalía. El acercamiento será distinto si la empresa se encuentra ya investigada, o aún no, porque no se ha iniciado el procedimiento penal. En el seno de estas reuniones confidenciales propondrá los términos de negociación que haya acordado con la persona jurídica, que en mayor o menor medida —para acreditar la reacción adecuada ante el delito— deberá abarcar la colaboración con la investigación, la reparación del daño (en caso de que se haya producido algún perjuicio), la devolución del beneficio obtenido (en caso de que se haya obtenido), y la propuesta de un plan de revisión y mejora de su sistema de *compliance* interno. Este aspecto, de reorganización interna, debe poder ser constatable, por lo que se debe consensuar con el Ministerio Fiscal el tipo de profesional independiente encargado de llevar a cabo esa labor, proponiendo varias opciones de profesionales independientes, o acordando la realización de una pericial, cuando se haya realizado la reorganización, que se aportará a la fiscalía. Existe también la posibilidad de acordar, en función del delito cometido, medidas restauradoras para la sociedad que deben ser llevadas a cabo por la empresa[24].

2.º A cambio, el Ministerio Fiscal se habrá de comprometer, o a no solicitar la imputación de la persona jurídica, o de haberse iniciado ya el procedimiento penal, a solicitar el sobreseimiento provisional. Este sobreseimiento estaría condicionado al cumplimiento de las obligaciones a las que la persona jurídica se ha comprometido y han de ser cumplidas en un plazo razonable durante la fase de instrucción, que se concretarán en el acuerdo.

3.º Una vez firmado el acuerdo, el Ministerio Fiscal solicitará el sobreseimiento provisional respecto de la persona jurídica. El fundamento que se propone es que, indiciariamente, no existirían evidencias del defecto de organización que da lugar a la responsabilidad penal (no existiría delito corporativo propio de la persona jurídica) ya que contaba con un modelo de *compliance* preventivo, que aun adoleciendo de algún fallo menor, ha sido completado con una reacción adecuada, que deberá

24 En este sentido, véanse las interesantes propuestas que se contemplan en la obra de NIETO MARTÍN, A/ CALVO SOLER, R (Coord.). *Justicia restaurativa empresarial. Un modelo para armar.* Madris, Reus, 2023; Interesante y sugerente resulta el planteamiento de utilizar la mediación penal con enfoque restaurativo propuesto por GIMENO BEVIÁ, J. *Algunas reflexiones sobre la persona jurídica como sujeto de la mediación penal y el necesario avance hacia una justicia empresarial con enfoque restaurativo.* La Ley. Mediación y arbitraje, n.º 21, 2024.

demostrar la eficacia integral del modelo y la plena "cultura de cumplimiento".

4.º El juez de instrucción será soberano para acordar o no el sobreseimiento provisional solicitado. Si no existen otras partes acusadoras, es muy posible que la solicitud del Ministerio Fiscal sea atendida en fase de instrucción. Y si no lo fuese, lo habrá de ser en la fase intermedia de manera preceptiva. Si existiesen otras acusaciones (es lo habitual), es previsible que estas se opongan al sobreseimiento (aunque, si se pacta con ellas la pronta reparación del daño, es plausible que el escenario les pareciera adecuado a los intereses de sus clientes). Por lo tanto, el juez de instrucción podrá acordar el sobreseimiento o no, pero hay que tener en cuenta que proviniendo la petición del Ministerio Fiscal, esta tiene muchos más visos de prosperar que si la solicita únicamente el investigado. En todo caso, la posición procesal de la persona jurídica habrá mejorado de un modo ostensible. Además, en caso de denegación, quedaría expedita la vía de poder acudir a instancias superiores, vía recurso interpuesto por la fiscalía, o apoyado por ella, para insistir en la solicitud de sobreseimiento provisional.

5.º La condición que soporta la petición del sobreseimiento (o de no imputación) ha de ser cumplida. Si en el plazo acordado, la empresa no hubiese cumplido con las condiciones a las que se obligó —reparación, colaboración, restitución y mejora del sistema interno de control—, el Ministerio Fiscal solicitará la reapertura de la causa contra la persona jurídica, ya que se ha demostrado que el sistema de *compliance* integral, que incluía la reacción ante el delito para ser considerado efectivo, ha fallado. La petición se sustentaría en la existencia de hechos nuevos, posteriores al dictado del auto de sobreseimiento, que acreditan la inidoneidad del modelo de *compliance* integral y se fundamenta en el defecto de organización que sustenta la existencia de un delito corporativo.

Todo este planteamiento puede parecer un ejercicio de imaginación jurídica, pero se expondrá a continuación el sustento normativo, doctrinal y jurisprudencial que anima a explorar esta vía alternativa.

En primer lugar, el defecto de organización preventivo no implica de por sí la existencia de un delito corporativo de la persona jurídica. Este defecto puede verse compensado con una adecuada reacción empresarial ante el delito que acredite la existencia y el mantenimiento de una auténtica cultura de cumplimiento. La Circular FGE 1/2016 avala esta interpretación, al afirmar que debido a que cualquier programa de prevención, por eficaz que sea, soportará un cierto riesgo residual de comisión de delitos, la capacidad de detección de los incumplimientos lucirá como un elemento sustancial de la

validez del modelo[25]. Un fallo menor en la prevención puede ser compensado con una reacción adecuada ante el delito.

En segundo lugar, existe un argumento de política criminal que ha de ser valorado. Las penas que se pueden imponer a las personas jurídicas no son aflictivas, no las sufre la persona jurídica en sí misma (¿Cuántas multas se imponen por vía administrativa a una empresa en el transcurso de su vida?). Sí sufren sus efectos adversos —no solo de la pena, sino de la prolongada imputación penal que tiene incidencia en las relaciones comerciales internacionales y en el acceso a oportunidades de negocio— los accionistas, los trabajadores, los proveedores y los acreedores. El conocido "efecto Andersen" puso de manifiesto que la mala gestión de un ilícito penal cometido en una empresa puede aniquilar a una multinacional con decenas de miles de trabajadores[26]. Si existe una vía para que una empresa, en donde se haya cometido un delito puntual, repare de manera ágil el daño, colabore para depurar responsabilidades internas de las personas físicas (que han traicionado su modelo de cumplimiento normativo), devuelva cualquier tipo de beneficio obtenido, reorganice su sistema interno para intentar evitar que los fallos detectados tengan incidencia en un futuro, y además adopte medidas de restitución como medio de compensación social, esta solución no debería ser descartada por mantener la idea de la necesaria imposición de una pena pecuniaria (no aflictiva) que, en la mayoría de los casos, será muy inferior a la que pueden imponer otros organismos como la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia o la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Incluir la consecuencia jurídica de la comisión de un delito en el seno de una empresa de un componente restaurativo en el ámbito de la persona jurídica, dotaría de sentido y fundamento a la sanción que se imponga.

En tercer lugar, la vía procesal del sobreseimiento provisional está diseñada para suspender un procedimiento penal en determinadas circunstancias y no existe obstáculo para que pueda ser adoptado en la fase de instrucción respecto de la persona jurídica[27]. En realidad, es una suspensión procesal

---

25 Circular FGE 1/2016. P. 53.

26 Véase la explicación del efecto en LAFFONT NICUESA, L. *La alternativa al juicio en la responsabilidad penal de la persona jurídica*. Revista de Derecho UNED, n.º.27, 2021, (pp. 99–136). pp. 102 a 104; En contra de la existencia del efecto Andersen, *vid*. MARKOFF, G. *Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty – First Century.* Journal of business law, University of Pennsylvania», vol. 15, n.º.3, 2013 (pp.799–834). El autor, tras analizar varios procesos penales que concluyeron con una declaración de culpabilidad y que ello no supuso la desaparición de la empresa, concluye que la pena de muerte corporativa, provocada por un procedimiento penal, no es más que un fantasma.

27 A este respecto, *vid.* LIÑÁN LAFUENTE, A. *Reflexiones acerca de los efectos sanatorios de los programas de compliance penal respecto a la responsabilidad penal de la*

que puede reactivarse si nuevos datos o hechos avalan su reapertura, con el límite de la prescripción *intra procesum*. De los dos motivos que contempla el artículo 641 LECrim para acordar el sobreseimiento provisional, el que encajaría con el supuesto en donde no existen indicios, en ese momento concreto, de defecto de organización y sí existen sobre la idoneidad del modelo de cumplimiento es el primer motivo[28] —por no estar debidamente justificada la perpetración del delito—, que debe ser entendido como el delito propio cometido por la persona jurídica, no el delito cometido por la persona física que podría dar lugar a la responsabilidad penal del ente. Este motivo es precisamente el elegido en las resoluciones de la Audiencia Nacional que han acordado en determinados procedimientos el sobreseimiento provisional por considerar, indiciariamente, que el modelo de *compliance* aportado por las empresas era adecuado para disminuir el riesgo de la comisión del delito[29].

En cuarto lugar, el auto firme de sobreseimiento provisional suspende el procedimiento respecto de un sujeto concreto, pero puede ser dejado sin efecto si se cumplen ciertas condiciones. Tal y como recuerda la STS 507/2020, de 14 de octubre: «*Es por ello que en la jurisprudencia hemos declarado que el sobreseimiento provisional permite la reapertura del procedimien-*

---

persona jurídica: ¿Realidad o mito?, Revista de Derecho UNED, núm. 32, 2023, (pp. 231–259), esp. pp. 249–252.; GIMENO BEVIÁ, J. *La posibilidad y conveniencia de sobreseer el proceso penal frente a la persona jurídica mediante un compliance eficaz: se hace camino al andar.* La Ley compliance penal, n.º 15, 2023.

28 GOENA VIVES, aunque defiende que sería posible utilizar ambas causas del sobreseimiento, entiende que lo más habitual en la práctica jurisprudencial será utilizar la vía del artículo 641.2 LECrim al cuestionar la empresa la implicación de la persona jurídica en el hecho de la persona física. *Vid.* GOENA VIVES, B. *La responsabilidad* ... op. cit. p. 245.

29 *Vid.* Juzgado Central de Instrucción n.º.6. DDPP 97/2017 (Pieza separada). Auto de 29 de julio de 2021. El juzgado acuerda el sobreseimiento provisional de Repsol y La Caixa al considerar adecuado su plan de prevención de delitos y su sistema de *compliance* interno. Se aplicó el artículo 641.1 LECrim. Se transcribe el fundamento por resultar interesante para la aplicación de la tesis propuesta: «*En consecuencia, debe acordarse al SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL de las actuaciones respecto de las personas jurídicas Caixabank y Repsol, S. A., al amparo de lo dispuesto en el art. 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el art. 31bis del Código Penal, al no haber resultado debidamente justificada la existencia de un incumplimiento grave de los deberes de control, vigilancia o supervisión por parte de la entidad, respecto de la actuación de sus empleados, y además, al haberse constatado la adopción y ejecución, antes de la comisión del delito, de un modelo eficaz de prevención supervisado por un órgano autónomo*». Este auto fue confirmado por la Sección tercera, en su auto 35/2023, de 30 de enero; En sentido similar, aplicando el artículo 641.1 LECrim se véase el auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 6 dictado en las DDPP 85/2014, de 23 de marzo de 2021 que acuerda el sobreseimiento provisional respecto de la empresa INDRA. Este auto fue confirmado por la Sección IV de la Audiencia Nacional en su auto 405/2021, de 8 de julio.

to "cuando nuevos datos con posterioridad adquiridos lo aconsejen o hagan precisos". Esto quiere decir que la reapertura del procedimiento una vez firme el auto de sobreseimiento provisional depende de que se aporten nuevos elementos de prueba no obrantes en la causa». La reapertura de la causa se debe fundamentar en hechos nuevos y posteriores al dictado del auto. El incumplimiento de las obligaciones adquiridas por la empresa, para realizar en un periodo concreto de tiempo, serían hechos nuevos y posteriores al dictado del auto de sobreseimiento. Esos hechos —el incumplimiento, en caso de producirse—, pondrían de manifiesto que no han concurrido las condiciones que acrediten que no existió un defecto de organización, al haber fallado la empresa en su compromiso de reorganización y haber puesto de manifiesto la inexistencia de una cultura de cumplimiento. Si el sobreseimiento provisional se basó, precisamente en la apreciación provisional de la existencia de un modelo de cumplimiento integral, su posterior incumplimiento —hecho nuevo— hará decaer el motivo por el que fue acordado el sobreseimiento y hará posible que el juez vuelva a acordar la reapertura de la causa frente a la persona jurídica.

4. PROBLEMAS PRÁCTICOS AL PLANTEAMIENTO Y POSIBLES SOLUCIONES

La vía que se plantea tiene varios problemas prácticos que se pueden alegar de adverso para refutar la tesis y su viabilidad. Soy consciente de ellos, pero también de que existen soluciones plausibles para respetar los límites normativos de la esencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el sobreseimiento provisional, y aplicar los mecanismos procesales propuestos.

Lo primero que requiere este tipo de planteamiento es un reenfoque de la actuación del Ministerio Fiscal en este tipo de procedimientos, donde sin renunciar a su principal labor de promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (art. 124.1 CE), debe aceptar la misión de supervisar el cumplimiento del acuerdo al que la persona jurídica se comprometa para conseguir la solicitud de sobreseimiento provisional, pues este se encuentra condicionado al cumplimiento de determinadas obligaciones. Realmente no es una tarea ajena a su función en el ejercicio de la acción penal y en la defensa de la legalidad y los derechos de las víctimas, pues únicamente requerirá una monitorización periódica del cumplimiento de los compromisos adquiridos en el seno de un proceso penal. Por lo tanto, si bien se trata de una labor añadida —que implica mayor carga de trabajo—, no por novedosa se ha de considerar ajena a la función del Ministerio Fiscal.

En segundo lugar, una de las principales cuestiones a concretar será el plazo de cumplimiento de las obligaciones a las que la empresa se compro-

meta. El plazo deberá ser suficiente para poder llevar a cabo una reorganización adecuada y contrastada, pero no tan extenso para que provoque la prescripción *intra procesum* de la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues entonces de nada serviría todo el planteamiento, ya que en caso de que la empresa incumpliese sus obligaciones, no se podría reabrir el procedimiento contra esta al estar prescrita la acción penal. Lo ideal, de hecho, es que el plazo se enmarque durante el periodo de instrucción de la causa, para en caso de que haya que reactivarse contra la persona jurídica, pueda ser juzgado el delito corporativo en unidad procesal con las personas físicas eventualmente acusadas. El plazo habrá de ser pactado entre el Ministerio Fiscal y la empresa, pero valorando la duración de los periodos de instrucción donde se encuentran personas jurídicas investigadas (que superan habitualmente los dos años de duración), parece razonable plantear una horquilla de un plazo de cumplimiento de 6 meses a 1 año y 6 meses (en función de la complejidad de la causa, las obligaciones a las que se comprometa y el ámbito de la reorganización interna). Existirán obligaciones que se podrán cumplir de manera más ágil, como la devolución del beneficio obtenido o las medidas restaurativas. La reparación del daño, en muchas ocasiones y en función de los delitos, se tiende a alargar por la aparición en cascada de nuevos perjudicados. Este ámbito en concreto no ha de resultar problemático, pues la persona jurídica, aunque haya obtenido el sobreseimiento provisional respecto de su responsabilidad penal, seguirá sujeta al proceso como responsable civil subsidiario —ex artículo 120.4 CP— por lo que, si existieran daños no resarcidos en el periodo pactado, podrán ser satisfechos con posterioridad, con determinada seguridad, dada su posición procesal.

En tercer lugar, un aspecto que suele resultar problemático es cómo se concreta la colaboración con la justicia, en caso de que sea una de las obligaciones a las que se comprometa la empresa. La experiencia estadounidense en los acuerdos de diferimiento acusatorio —*non prosecution agreement* y *deferred prosecution agreement*— ha puesto de manifiesto que las exigencias de la fiscalía, y su entendimiento de qué es una colaboración, pueden llegar a ser excesivas al exigir la renuncia a derechos fundamentales[30]. Por ello, resulta esencial fijar los términos de la colaboración a los que se comprometa la empresa, sin que resulten vulneradores de los derechos fundamentales de terceros que puedan resultar investigados. Este equilibrio resulta esencial, pues la colaboración no puede cimentarse sobre la base de la vulneración de derechos fundamentales que impliquen la nulidad de actos procesales ex

30 Sobre ello, véase el comentario sobre el MCCALLUM Memo y MCNULTY Memo de la fiscalía estadounidense y la exigencia a la renuncia de derechos para llegar a acuerdo extrajudiciales en, PAZMIÑO RUIZ, J. R. *¿Encubrimiento corporativo...* op.cit. pp. 128 a 131; En sentido similar, sobre el acuerdo firmado con KPMG, LAFFONT NICUESA, L. *La alternativa al juicio...*op.cit. pp. 108 a 110.

artículo 11.1 LOPJ. Por ello, será recomendable que en el acuerdo se establezcan los términos de la colaboración a la que se compromete la persona jurídica, pues ello además servirá como canon de valoración al juez para decidir, en caso de que la fiscalía solicite la reapertura de la causa por incumplimiento en los compromisos adquiridos, si realmente ello puede considerarse un hecho nuevo que ponga de manifiesto un defecto de reorganización, o una mera discrepancia entre partes procesales que no afecta al núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica.

En cuarto lugar, se puede predecir que a buen seguro despertará reticencias el nombramiento del experto externo que audite la reorganización del sistema de *compliance* interno, o del perito designado para la comprobación de los cambios realizados. La experiencia estadounidense también ha mostrado que la designación del "monitor"[31] puede provocar problemas de nepotismo —en casos donde se imponen por parte de fiscales interesados el nombramiento de excompañeros que perciben altas remuneraciones—, o personas entre las que existe un conflicto de interés con el grupo empresarial al que, de alguna u otra forma, se encuentran vinculadas. El Departamento de Justicia de EE. UU. (DOJ, en adelante) ha aprobado varios memorándums en donde se aportan instrucciones respecto a la necesidad y el modo de nombrar un monitor en el marco de acuerdos de no enjuiciamiento (NPA) o de enjuiciamiento diferido (DPA) y el proceso de selección que se debe llevar a cabo. El Memorándum Benczkowski (formalmente denominado *"Selection of Monitors in Criminal Division Matters"*[32]) supuso un importante avance en este aspecto y en la selección del "monitor". Este ha sido actualizado/sustituido por el Memorándum Galeotti, de 12 de mayo de 2025[33]. Con todas las diferencias que se pueden identificar sobre la figura del "monitor" en el sistema estadounidense —donde la injerencia de esta figura en la empresa es mucho mayor a la aquí planteada— sí resulta interesante referenciar el proceso de selección que se ha establecido para la elección del candidato idóneo.

La empresa propone una terna de 3 a 5 candidatos, aportando determinada información obligatoria sobre estos[34]. Los fiscales asignados se entrevis-

---

31 A pesar de que su función es mucho más amplia que la pericial que se plantea, ya que es una persona que se involucra en la propia empresa y puede tomar decisiones vinculantes, resulta interesante la referencia a efecto de analizar cómo ha evolucionado la selección de estos profesionales para evitar conflictos de intereses. Sobre ello véase, GIMENO BEVIÁ, J. "La monitorización", en FRAGO AMADA; J. D. (Dir.) *Actualidad Compliance 2019,* Cizur Menor, Aranzadi, 2019.

32 Accesible en la siguiente dirección del Departamento de Justicia de Estados Unidos: https://www.justice.gov/d9/speeches/attachments/2018/10/12/selection_of_monitors_in_criminal_division_matters_memo_0.pdf

33 Accesible en la siguiente dirección del Departamento de Justicia de Estados Unidos: https://www.justice.gov/criminal/media/1400036/dl?inline

34 Apartado IV. 1 del Memorándum Galeotti:. a) una descripción de la cualificación y

tan con los candidatos, y tras su evaluación, elevan una propuesta al Comité Permanente de Selección de Monitores del *DOJ*. Este Comité puede aceptar la propuesta, rechazarla, o incluso entrevistar a otros candidatos y plantear una alternativa.

Obviamente no se plantea implantar un proceso tan complejo para la designación del perito que ha de evaluar la reorganización del modelo de *compliance* e informar al fiscal en esta propuesta, pero sí resulta interesante adoptar la idea de presentar varios candidatos, que declaren la inexistencia de conflicto de intereses y concreten sus honorarios, y que sea el fiscal el que elija al que considere más adecuado para realizar la labor, pues al fin y al cabo será quien le asista en la función de supervisión del cumplimiento del acuerdo de la reorganización interna que habrá de mejorar el sistema de prevención de delitos.

En quinto lugar, el problema que ha surgido en otras jurisdicciones sobre la excesiva discrecionalidad de los fiscales al poder decidir, de manera soberana, sobre acuerdos de no enjuiciamiento y también, sobre sus incumplimientos, no existiría en el escenario propuesto. El fiscal es el que puede llegar a un acuerdo con la persona jurídica para, en función de la prevención y reacción ante el delito corporativo, solicitar el sobreseimiento provisional, pero es el juez de instrucción el soberano para decidir si, a la vista de lo instruido e interesado por el Ministerio Fiscal, procede dictar el sobreseimiento provisional. De igual modo, será este quien decida si, una vez dictado el sobreseimiento provisional, procede reabrir la causa si lo solicita el Ministerio Fiscal. Por lo tanto, la vía que se propone no mina la labor del juez de instrucción, sino que la refuerza, pues el acuerdo firmado con la fiscalía, que será parte de la base de la solicitud de sobreseimiento provisional, será analizado por el juez para evaluar la solicitud, ponderar la situación y decidir en su conjunto. Por ello, el modelo del control judicial de los acuerdos procesales concertados con las

---

credenciales de cada candidato en apoyo de las consideraciones y factores evaluativos; b)una certificación escrita, por la que la Compañía se comprometa a no emplear al monitor ni a mantener vinculación con él durante un período no inferior a dos años desde la fecha de terminación del monitoreo; c)una certificación escrita, en el formulario adjunto, por la que cada uno de los candidatos declare que no es empleado, agente o representante actual o reciente (esto es, dentro de los dos años anteriores) de la Compañía, y que no ostenta interés alguno ni mantiene relación alguna con la Compañía, sus filiales, sociedades afiliadas o entidades vinculadas, ni con sus empleados, directivos o consejeros; d)una certificación escrita, por la que cada uno de los candidatos declare haber notificado a cualesquiera clientes a los que represente en un asunto que involucre a cualquier dependencia del Departamento que tramite el procedimiento de selección del monitor, y que ha obtenido una renuncia (waiver) de dichos clientes o bien ha cesado en su representación letrada en el otro asunto o asuntos; y e)una declaración en la que se identifique al candidato a monitor que constituye la primera opción de la Compañía para desempeñar el cargo de monitor.

personas jurídicas por parte de la fiscalía es el elegido tanto por Francia como por Inglaterra, y el propuesto por Italia en el informe de la *Tavola tecnica,* y es el que se acomoda mejor a nuestra tradición jurídica.

Creo, por tanto, que en nuestro sistema penal y procesal actual, existen vías que han de ser exploradas para avanzar hacia un modelo en donde, sin renunciar a la exigencia de responsabilidad a las empresas por la comisión de delitos corporativos, se pueda canalizar de un modo adecuado que sirva para convertir a la persona jurídica en una aliada en el proceso de restauración social del daño producido tras el delito, más que en un muro de contención que prolongue de manera exacerbada el procedimiento penal que, en caso de ser condenatorio frente a las empresas, habrá conseguido lo mismo que se habría podido obtener por una vía mucho más ágil y eficientes para las partes en conflicto.

BIBLIOGRAFÍA

CIGÜELA SOLA, J. *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal. Crítica y propuesta de una Responsabilidad Estructural de la empresa.* Madrid, Marcial Pons, 2015.

FISSE, B & BRAITHWAITE, J. *Corporations, Crime and Accountability.* New York, Cambridge University Press,1993.

GIMENO BEVIÁ, J. *Algunas reflexiones sobre la persona jurídica como sujeto de la mediación penal y el necesario avance hacia una justicia empresarial con enfoque restaurativo.* La Ley. Mediación y arbitraje, n.º 21, 2024.

GIMENO BEVIÁ, J. *La posibilidad y conveniencia de sobreseer el proceso penal frente a la persona jurídica mediante un compliance eficaz: se hace camino al andar.* La Ley compliance penal, n.º 15, 2023.

GIMENO BEVIÁ, J. "La monitorización", en FRAGO AMADA; J. D. (Dir.) *Actualidad Compliance 2019,* Cizur Menor, Aranzadi, 2019.

GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal.* Civitas Thomson Aranzadi, Madrid, 3.ª ed, 2019.

GOENA VIVES, B. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica.* Madrid, Marcial Pons, 2017.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en BAJO FERNÁNDEZ, M; FEIJOO SÁNCHEZ, B; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas.* 2.ª ed, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Civitas, 2016.

LAFFONT NICUESA, L. *La alternativa al juicio en la responsabilidad penal de la persona jurídica.* Revista de Derecho UNED, n.º.27, 2021, (pp. 99–136).

LIÑÁN LAFUENTE, A. *La Ley 2/2023, de protección del informante, vs. el derecho a la no auto incriminación de la persona jurídica.* La Ley Penal, n.º.162, 2023.

LIÑÁN LAFUENTE, A. *Reflexiones acerca de los efectos sanatorios de los programas de compliance penal respecto a la responsabilidad penal de la persona jurídica: ¿Realidad o mito?,* Revista de Derecho UNED, núm. 32, 2023, (pp. 231–259).

MARKOFF, G. *Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty – First Century.* Journal of business law, University of Pennsylvania», vol. 15, n.º.3, 2013 (pp.799–834).

MARTÍN MUÑOZ, J; TURIENZO FERNÁNDEZ, A; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. *Un asunto nada menor: análisis sistemático de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ante las audiencias provinciales.* Revista de Derecho Penal y Criminología, 2026, n.º 34.

MONGILLO, V. *D.Lgs. n. 231/2001 and its enemies. Per un rilancio organico della responsabilità da reato degli enti.* Diritto penale e processo, 6/2026, (pp. 705 a 711).

NIETO MARTÍN, A *¿El futuro que seremos? (I): La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Italia.* Almacen de Derecho.

NIETO MARTÍN, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo.* Madrid, Iustel, 2008.

NIETO MARTÍN, A/ CALVO SOLER, R (Coord.). *Justicia restaurativa empresarial. Un modelo para armar.* Madris, Reus, 2023.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I; MARTÍN MUÑOZ, J; TURIENZO FERNÁNDEZ, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas ante el Tribunal Supremo: Un análisis sistemático.* Revista de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica y Compliance, 2024, vol. 5.

PAZMIÑO RUIZ, J. R. *¿Encubrimiento corporativo o compliance de reacción? La respuesta organizativa ante el delito como modelo de responsabilidad empresarial.* Las Rozas, Aranzadi La Ley, 2025.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-CHAVES, F. *La conducta post delictual de la persona jurídica como causa de exclusión de la responsabilidad penal.* Madrid, Aranzadi, 2024.

VILLAMARÍN LÓPEZ, M.ª L. *El sobreseimiento provisional en el proceso penal.* Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2003.